

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

RECHERCHES HISTORIQUES
SUR LES
OPÉRATIONS USURAIRES
ET ALÉATOIRES
EN DROIT MUSULMAN

Thèse pour le Doctorat

SOUTENUE LE 7 JUIN 1909, A 2 HEURES 1/2

Par **Félix ARIN**

Élève diplômé de l'École spéciale des Langues Orientales vivantes.

President: M. CUQ, professeur.

Suffragants: { MM. LESFŒR, professeur.
MEYNIAL, —

PARIS

A. PEDONE, Éditeur

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, RUE SOUFFLOT, 13

—
1909

RECHERCHES HISTORIQUES
SUR LES
OPÉRATIONS USURAIRES & ALÉATOIRES
EN DROIT MUSULMAN

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

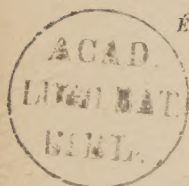
RECHERCHES HISTORIQUES
SUR LES
OPÉRATIONS USURAIRES
ET ALÉATOIRES
EN DROIT MUSULMAN

Thèse pour le Doctorat

SOUTENUE LE 7 JUIN 1909, A 2 HEURES 1/2

Par **Félix ARIN**

Élève diplômé de l'École spéciale des Langues Orientales vivantes.



Président : M. CUQ, professeur.

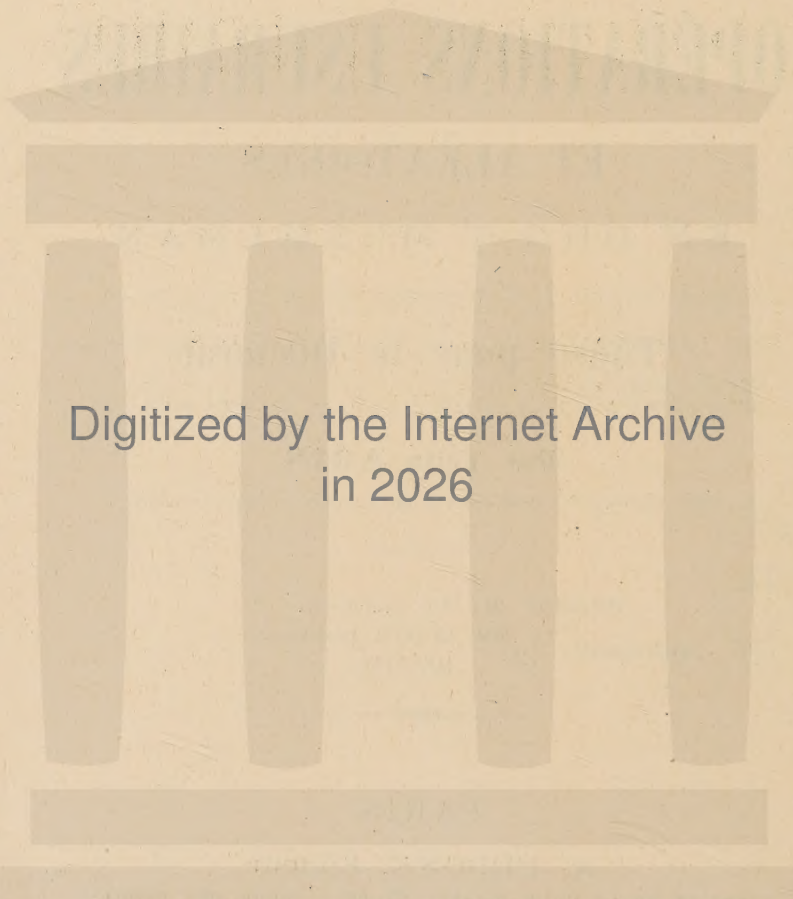
Suffragants : { MM. LESEUR, professeur.
MEYNIAL, —

PARIS

A. PEDONE, Éditeur

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, RUE SOUFFLOT, 13

—
1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Contrairement au droit romain primitif, et en général à toutes les législations archaïques, le droit musulman présente ce caractère singulier, que le formalisme en est absent. On peut dire qu'en principe il y suffit, pour acquérir un droit ou pour être tenu à une obligation, de le vouloir. Encore faut-il que cette volonté se manifeste, et d'une façon précise ; mais cette manifestation est une condition, et non la cause originelle du phénomène juridique ; et elle peut se faire comme bon semble aux parties, qui, pourvu qu'elles expriment clairement la nature de l'acte auquel elles entendent procéder, ne sont pas assujetties à ces

sortes de rites spéciaux ou de cérémonies symboliques que l'on rencontre si souvent dans les législations les plus diverses à l'origine de leur développement.

Ainsi, rien en droit musulman ne rappelle les procédés « per aes et libram », ni les solennités de la « stipulatio ». Pour transférer la propriété d'une chose, il suffira que le propriétaire en ait l'intention, et la fasse connaître ; le matériel de la « mancipatio » n'a pas d'analogue, pas plus que les formes symétriques du « nexum ». L'engagement naîtra de la simple convention, nettement établie, sans qu'il soit nécessaire, pour en faire un contrat, de l'encadrer dans un décor quasi-rituel et de se livrer à des gestes ou à des paroles sacramentels. Il y aura bien, à la vérité, un échange de paroles, ou au moins de signes ; il faudra même parfois employer nécessairement tel ou tel terme, afin que la nature de l'acte soit certaine, et que l'on ne puisse douter s'il s'agit, par exemple, d'une vente ou d'un autre contrat. Mais il ne

reste pas moins vrai que le droit a sa source dans la volonté de le faire naître, et non dans la forme sous laquelle cette volonté se manifeste ; le débiteur est obligé, le créancier est à même de le poursuivre, dès qu'il est constant que tous deux ont été d'accord pour devenir créancier et débiteur, à l'opposé de la vieille maxime romaine : « *Ex nudo pacto actio non nascitur.* »

Cette conception simple et dénuée de tout appareil réaliste est-elle une extension, dans le domaine du droit, de l'esprit arabe, ou plus largement sémitique, esprit porté aux abstractions élémentaires, plus qu'aux concrétisations figuratives, dégagé de tout sens allégorique, pauvre en imagination, et qui au point de vue religieux a produit le monothéisme rigide et sévère de la Bible et du Coran, en face des poétiques fictions et des riches mythologies dues au génie indo-européen ? Faut-il plutôt en voir la cause dans l'union étroite du droit musulman avec la religion, dont il procède et avec laquelle il évolue, et avec la morale,

qui ne s'en sépare point ? C'est un fait que dans l'Islâm, aussi bien que dans les coutumes antérieures, les règles légales sont fort peu distinctes des règles de la conscience, et que ce qui est bien ou mal, juste ou inique, n'est guère autre chose que ce que commande ou interdit l'usage général, puis la révélation divine. Les notions du « fas » et du « jus » sont confondues. Dans ces conditions, il est assez naturel que le formalisme soit absent des obligations juridiques comme il l'est de celles qui relèvent des lois morales et religieuses. Le lien contractuel est considéré comme de même nature et de même force que le précepte ; le délit et le péché sont des infractions identiques.

Quoi qu'il en soit de la genèse et des origines de ce caractère idéaliste du droit musulman, il semble qu'il doive avoir pour résultat une très grande liberté des conventions, puisque la formation ni l'extinction des obligations ne sont soumises à des conditions de forme gênantes. Le libre jeu de la volonté, son « autonomie » paraîs-

sent ici triompher ; il semble que la plus grande latitude soit laissée aux contractants, qui peuvent à leur gré, par un simple accord, acquérir l'un sur l'autre des droits reconnus et sanctionnés légalement.

Il en serait ainsi, à la vérité, si le vouloir des parties ne se heurtait très fréquemment à un obstacle qui le stérilise à peu près complètement, et qui consiste en un système assez compliqué de prohibitions, d'apparence souvent arbitraire, destinées à assurer la parfaite équité des conventions, en empêchant toute inégalité qui occasionnerait, à l'avantage de l'un ou de l'autre des contractants, un gain que l'on regarde comme illicite, ou, pour parler le langage des juristes musulmans, comme usuraire.

C'est, en effet, de l'idée d'usure, au sens très large qu'ils attachent à ce mot, que découlent toutes les entraves qui, comme un réseau subtil emprisonne une proie vivante, annihilent et paralysent la théorie musulmane des obligations,

d'ailleurs si souple et si libérale. La proscription de tout ce qui pourrait donner lieu à « ribâ » (c'est le terme qui caractérise en arabe l'usure, ou plutôt le lucre illicite), par suite celle de toute combinaison présentant un caractère quelconque d'incertitude (djahl) ou d'aléa (gharar), telles en sont les conséquences rigoureuses, motivées sans doute par l'intention excellente d'empêcher des spéculations hasardeuses ou malhonnêtes, mais dont la casuistique subtile des doctrinaires a fait comme une immense toile d'araignée, à laquelle beaucoup de conventions, même équitables, ne peuvent échapper.

L'étude historique de ce système d'après les sources traditionnelles du droit islamique nous amènera peut-être à en préciser la formation et la portée, à déterminer quelques-uns des facteurs qui ont contribué à son élaboration et à son développement, à entrevoir enfin la possibilité d'un affranchissement futur ou la certitude d'une stagnation perpétuelle.

Avant de traiter d'une façon détaillée des diverses opérations interdites, il ne sera pas inutile de jeter un coup d'œil sur l'évolution de la doctrine musulmane relativement à la matière, et surtout de préciser d'abord la notion, passablement différente de la nôtre, de l'usure, qui en est la base essentielle et le principe fondamental.

Ce travail comprendra donc trois parties : la première aura pour but la définition de l'usure d'après les idées musulmanes et l'histoire générale de la théorie, telle qu'elle apparaît dans les textes coraniques, puis dans les recueils de « hadîts » ou traditions prophétiques et dans les ouvrages de jurisprudence les plus importants ; la seconde, plus étendue, sera consacrée à un examen successif des diverses conventions entachées de ce vice ou considérées comme telles ; dans la troisième, nous nous efforcerons de découvrir la raison d'être de ces restrictions à l'autonomie de la volonté, et de distinguer le rôle joué par les différents élé-

ments qui ont causé ou occasionné leur apparition et leur évolution.

Enfin, une conclusion résumera les résultats de cette enquête, et dira si l'on peut prévoir, dans un avenir plus ou moins prochain, quelque modification dans la doctrine et dans la pratique relativement à cette partie du droit.



PREMIÈRE PARTIE

Aperçu général sur la notion musulmane de l'usure et son développement juridique.

Le mot « ribâ », que l'on traduit assez improprement en français par celui d'usure, vient d'une racine qui signifie : croître, se multiplier. Le terme exactement correspondant serait plutôt : accroissement, augmentation. Cette signification est donc beaucoup plus large que celle que nous attachons d'ordinaire au terme d'usure, lorsque nous l'employons pour désigner l'intérêt excessif dans un prêt, et spécialement dans un prêt d'argent. Il faut y voir le profit quelconque réalisé dans n'importe quelle convention, par l'une des parties, sans compensation de sa part.

En matière de prêt, par exemple, tout intérêt, même

modique, sera prohibé. Cette règle est si absolue que l'emprunteur de choses fongibles, dans le prêt de consommation, doit rendre identiquement ce qu'il a reçu, tant comme qualité que comme quantité et sans pouvoir compenser l'une par l'autre. Pour une mesure, par exemple, de dattes excellentes, il sera interdit de restituer deux mesures de dattes moins bonnes ; car on n'est jamais certain, si l'on admet le moindre changement, de l'équivalence exacte des deux prestations. Or, tel est le but poursuivi : il ne faut pas que l'une des parties donne moins pour recevoir plus ; et cela non seulement dans un prêt, mais dans tout autre contrat, comme une vente ou un échange, derrière lequel pourrait se dissimuler un prêt à intérêt, ou duquel pourrait résulter quelque chose qui y ressemblât.

Le fait qu'un des contractants reçoit plus qu'il n'a fourni peut néanmoins se produire, sans que pour cela on le considère comme coupable d'usure, à condition qu'il n'ait pas stipulé d'avance le profit qu'il encaisse. Un emprunteur peut rendre deux pour un, s'il le juge bon ; il suffit qu'il ne s'y soit pas engagé. Il fait alors une libéralité à son prêteur. Ce qui est défendu, c'est que celui-ci ait exigé un excédent par une clause du contrat, ou par un arrangement conclu depuis, même s'il a fait promettre cet excédent à son débiteur en lui accordant un délai pour s'acquitter. Ces sortes de compromis étaient, paraît-il, d'un usage fréquent chez les Arabes

avant l'islamisme. Des contemporains même du Prophète, et des membres de sa famille, l'ont pratiqué jusqu'au moment où il leur en fit défense: c'est ainsi que 'Abbâs et 'Otsmân, d'après un récit souvent reproduit par les commentateurs musulmans, avaient accordé à un débiteur un délai pour la moitié de sa dette, à condition qu'il leur verserait alors le double. Mahomet leur interdit d'employer ce procédé.

Les exemples abondent, pour d'autres personnages, d'arrangements analogues, ce qui prouve qu'avant l'Islâm on n'y voyait rien d'illicite. Faut-il en conclure que les anciennes coutumes arabes admettaient le principe de l'intérêt et la pratique de l'usure? Il est certain qu'elle existait, mais il est difficile de savoir si elle était permise ou défendue. Peut-être le Bédouin, individualiste à l'excès et avide de richesses, voyait-il là une source de revenus aussi normale que la razzia dont il tirait généralement la plus grande partie de ses ressources; mais, d'autre part, son amour de la générosité devait le porter à rendre des services désintéressés, au moins à ses proches et à ses contribuables, dont il se sentait malgré tout solidaire, tout comme après l'Islâm il s'est senti solidaire de ses coreligionnaires. On peut donc supposer, sans trop d'in vraisemblance, que l'usure, admise à l'égard des étrangers, ne se pratiquait point à l'intérieur d'une même famille ou d'une même tribu, sous peine de manquer à la « mourouwwa », c'est-à-dire aux règles tradition-

nelles d'honneur dont l'observation assurait, dans la société préislamique, cette bonne renommée et cette considération si précieuses aux yeux des Arabes de la « djâhiliya » (époque de l'ignorance, terme en usage pour désigner la période antérieure à la venue du Prophète) (1).

Mahomet, qui rompit le lien tribal, ou du moins l'élargit pour lui substituer celui de la « oumma » ou communauté musulmane, aurait donc étendu, sur ce point comme sur tant d'autres, les prérogatives jadis conférées par la communauté de sang et de race à un groupe plus vaste, composé de tous ceux qu'unissaient une même foi monothéiste et une même croyance à la mission de l'Envoyé de Dieu. Ce n'est là qu'une pure hypothèse, les coutumes des Arabes antéislamiques étant encore trop peu connues pour qu'on puisse, à l'heure actuelle, risquer à leur sujet autre chose que des conjectures, dont l'avenir seul pourra contrôler la valeur, lorsque les progrès de nos connaissances en permettront la vérification.

En tous cas, à dater de la révolution religieuse qui donna naissance à l'islamisme, des sources certaines permettent de suivre l'évolution de la doctrine au point de vue qui nous occupe. Les premiers documents, et les plus accessibles, sont les textes du Coran ; des indications précieuses sont ensuite fournies par les traditionnistes et jurisconsultes, et par leurs commentateurs.

(1) Goldziher, *Mohammedanische Studien*, tome I.

1^o Textes coraniques.

Le Livre saint fait plusieurs fois allusion au « ribâ ». Les passages les plus caractéristiques sont les suivants : sourate II, versets 276 à 279 ; sourate III, verset 125 ; sourate IV, versets 33-34 et 159 ; sourate XXX, verset 38. Nous les examinerons successivement.

S. II, v. 276-279 : « Ceux qui mangent l'usure ne se lèveront pas (au jour de la résurrection), sinon comme se lève celui que Satan souille de son contact ; cela parce qu'ils ont dit : la vente est pareille à l'usure. Or, Dieu a permis la vente, et a interdit l'usure. Celui à qui sera parvenu l'avertissement de son Seigneur, et qui cessera (de pécher), ses (gains) antérieurs lui appartiendront, et son sort dépendra de Dieu ; quant à ceux qui récidiveront, ceux-là seront condamnés au feu pour y rester éternellement.

« Dieu anéantit l'usure et multiplie les (intérêts des) aumônes, car Dieu déteste tout infidèle pécheur.....

« O vous qui croyez, craignez Dieu et abandonnez ce qui vous reste encore (dû) en fait d'usure, si vous êtes croyants.

« Si vous ne le faites pas, attendez-vous à la guerre de la part de Dieu et de son envoyé. Si vous vous repentez, vos capitaux vous appartiennent. Ne lésez personne, et vous ne serez point lésés. »

Le point capital, dans ce texte, est la distinction établie entre l'usure et la vente, que les usuriers tentent d'assimiler l'une à l'autre. Le musulman est libre d'acheter et de vendre à n'importe quel prix ; sans cette liberté, il n'y aurait pas de commerce possible, et nous verrons dans un autre passage que le négoce est chose parfaite-

ment licite d'après le Coran. Il n'en pouvait être autrement, étant donnée la nécessité primordiale des échanges et des transactions, et surtout dans un pays de commerçants comme l'Arabie, où Mahomet lui-même avait commencé par être marchand. Le trafic est donc autorisé ; on peut chercher à réaliser un bénéfice sur des marchandises ou denrées en les revendant honnêtement, sans tromperie ni déclaration mensongère. Il est seulement interdit de spéculer sur la variabilité des cours et d'accaparer pour s'enrichir des objets ou subsistances de première nécessité. Mais un vêtement d'une valeur de 10 dirhems ou pièces d'argent peut se vendre 20 dirhems sans que l'opération soit répréhensible ; car il n'y a pas de surplus au profit du vendeur, puisqu'il a remis en échange du prix une chose d'espèce différente qui en est la contre-partie globale. Au contraire, ce serait faire acte d'usure que de vendre 10 dirhems pour 20 dirhems, car alors il y en a 10 qui sont reçus par le vendeur sans qu'il ait rien fourni en échange.

L'inégalité des prestations est la première cause qui entache de « ribâ » une convention ; ce vice peut encore résulter de ce que l'une est fournie immédiatement et l'autre ajournée, parce que le cours a pu varier dans l'intervalle. Ainsi, si l'on change un dinâr ou pièce d'or pour une quantité déterminée de pièces d'argent dont la livraison n'a pas lieu sur le champ, il se peut qu'au moment où elle s'effectuera, par suite d'une variation du

cours, le nombre de dirhems excède la valeur du dînâr précédemment fourni. Et alors il y aura un gain illicite, une sorte d'intérêt en sus de cette valeur : l'opération sera condamnée.

Ces deux variétés d'usure sont appelées par les juristes arabes : usure d'excédent et usure de retard. Nous verrons plus loin dans quelles circonstances elles se produisent, et quelles réglementations elles ont fait naître.

Le Coran, sans distinguer entre elles, menace des châtimens éternels celui qui s'en approprie et en consume le bénéfice. Les « mangeurs d'usure », au jour de la résurrection, seront comme souillés du contact de Satan ; les commentaires ajoutent que l'accroissement mangé par eux croîtra dans leurs entrailles, et qu'ils seront affligés de ventres énormes et pesants. Pour avoir voulu légitimer leur conduite en déclarant que l'usure n'est pas autre chose que la vente, ils seront punis dans la vie future. Il est inutile d'entrer dans le détail des supplices qui leur sont réservés ; mieux vaut, en suivant le texte, examiner dans quelles conditions intervient la défense divine et quel sort elle attribue aux opérations antérieurement conclues.

Il est expressément indiqué que la prohibition n'a pas d'effet rétrospectif : elle agit du jour où elle a été formulée, mais elle a dès lors un plein effet. C'est ce qui ressort des termes employés : quiconque aura eu connaissance de la règle nouvelle devra cesser aussitôt de prati-

quer l'usure. S'il a déjà acquis quelque chose par cette voie, ces bénéfices lui restent : le fait accompli est respecté, et la restitution n'est pas exigée. Mais, à partir du moment où « lui sera parvenu l'avertissement du Seigneur », il devra s'abstenir de récidive, sous peine d'être voué au feu éternel ; et même, il doit abandonner dès lors tout ce dont il peut être encore créancier à titre usuraire, faute de quoi il sera combattu par Allah et le Prophète. Il conserve naturellement son droit sur tout ce qui ne lui est pas dû comme intérêts, mais comme équivalent de ce qu'il a lui-même déboursé : « Si vous vous repentez, à vous vos capitaux », dit le verset 279. Donc, lorsque Mahomet condamna l'arrangement intervenu entre 'Abbâs et 'Otsmân, d'une part, et leur débiteur de l'autre, il leur permit évidemment de percevoir la moitié de la créance qui leur restait due, et leur interdit seulement de toucher le double, comme ils en étaient convenus.

Reste à savoir si le délai accordé au débiteur moyennant l'augmentation de sa dette a subsisté. Il n'a dû payer que ce qu'il restait devoir primitivement ; mais a-t-il dû le payer de suite, ou à l'expiration du délai ? Cette dernière solution, plus favorable au débiteur et qui annule seulement la condition illicite en respectant la convention qui en est affectée, semble prévaloir d'après le verset suivant du Coran (II, 280), où il est dit : « Si votre débiteur est dans la gêne, attendez qu'il soit plus à son aise. »

Est-ce à dire que toute opération entachée de « ribâ » doive être maintenue, quitte à en effacer seulement la clause incriminée ? Nous verrons que, s'il en est ainsi dans certains cas, il arrive souvent que l'acte tombe en entier. Du reste, il est parfois impossible d'isoler le contrat de ses modalités ; et en général il est lui-même atteint par le vice, de telle sorte que rien n'en peut échapper à l'application de la loi.

Ce premier texte coranique s'occupe, ainsi que nous venons de le constater, de déterminer dans quelles conditions la disposition prohibitive entrera en activité, et dans quelle mesure elle sera applicable aux actes déjà existants. De plus, il pose nettement le principe d'interdiction de l'usure, en l'opposant à cette règle inverse que la vente est permise, pour éviter la confusion que les usuriers cherchent à amener entre les deux cas, dans le but de justifier leur manière d'agir en la présentant comme une opération commerciale ordinaire. Mais d'autres passages reproduisent l'interdiction sous une forme pure et simple, soit expressément et spécialement, soit implicitement et en la faisant entrer dans un ensemble plus large.

S. III, v. 125 : « O vous qui croyez, ne mangez point l'usure en doublant et en redoublant (ce qui vous est dû), et craignez Dieu : peut-être serez-vous heureux. »

Ce texte semble viser particulièrement l'anatocisme, d'après l'expression « en doublant et en redoublant ».

Mais l'insuffisance de cette interprétation est évidente, puisqu'il faut d'abord, pour capitaliser des intérêts, que ceux-ci aient été stipulés valablement. Or, une telle stipulation constituerait déjà un fait usuraire aux yeux du législateur musulman, qui proscriit tout accroissement de la dette, si minime qu'il puisse être.

Il faut donc comprendre les mots : en doublant et en redoublant, comme destinés à exprimer même l'augmentation produite par la convention d'intérêts simples, et voir dans l'injonction adressée aux croyants la conséquence du principe énoncé dans la sourate II. Cette conséquence de l'illicéité du « ribâ » est l'ordre de s'en abstenir, ordre auquel tout bon musulman devra se conformer ; et Dieu récompensera la fidélité au précepte, comme il châtiara sa transgression.

S. IV, v. 33-34 : « O vous qui croyez, ne mangez pas vos biens par des (opérations) vaines, à moins qu'il ne s'agisse d'un commerce fondé sur le consentement réciproque, et ne vous tuez point : certes Dieu est miséricordieux pour vous.

« Quiconque agira ainsi par iniquité et méchanceté, nous le ferons consumer par le feu. Certes, cela est aisé à Dieu. »

Ici, deux manières d'acquérir le bien d'autrui, l'une légitime et l'autre blâmable, sont mises en présence : la première, c'est le commerce, autorisé ici plus largement que dans la sourate II, qui mentionne seulement la vente, tandis que le présent texte parle de toute opération commerciale loyalement consentie de part et d'autre,

par opposition à ce qu'il appelle assez vaguement des « choses vaines ». Cette expression vise probablement tous les procédés permettant de s'appropriier sans compensation le bien d'autrui, et notamment les combinaisons aléatoires, telles que le pari ou les jeux de hasard si pratiqués et si aimés des Arabes jusqu'à l'époque du Prophète (1). Elle désigne aussi l'usure, qui est le plus sûr moyen de « manger les biens » les uns des autres, et qui, en dépit des sévères interdictions dont l'Islâm l'a frappée, ou peut-être à cause d'elles, constitue encore aujourd'hui la plaie la plus funeste de la société musulmane, où du reste elle est aussi souvent exercée par d'autres que par des croyants. Il devait déjà en être ainsi au temps de Mahomet, si l'on en croit le passage du Coran auquel nous arrivons maintenant.

S. IV, v. 159 : « ... Et parce qu'ils prennent l'usure, alors qu'ils en ont reçu la défense, et qu'ils mangent les biens des hommes par des (choses) vaines, et nous avons préparé pour les infidèles un châtiment douloureux. »

C'est surtout des Juifs, d'après le contexte, qu'il s'agit dans ce passage ; mais il s'applique sans doute à tous les « gens du Livre », c'est-à-dire également aux chrétiens. En effet, les Juifs avaient reçu défense de se livrer à l'usure ; on trouve dans la Bible plusieurs dispositions à ce sujet, notamment les suivantes :

(1) Cf. sur ce point page 140.

« Ne prends de lui (de ton frère) ni usure ni profit, mais crains ton Dieu... Ton argent, ne le donne pas à usure, et tes aliments, ne les donne pas moyennant un profit. » (Lévitique, XXV, 36-37.)

Il est remarquable que la prohibition se fonde sur une idée de fraternité, et que les matières sur lesquelles elles portent consistent en espèces et en comestibles. Nous verrons quelle saisissante analogie existe à ce point de vue entre le droit hébraïque et le droit musulman.

La même indication se retrouve dans le Deutéronome, XXIII, 19 :

« Tu ne prêteras pas à usure à ton frère : usure d'argent, usure d'aliments, usure de toute chose prêtée à usure. »

Ce dernier texte généralise la prohibition, quant aux objets auxquels elle s'applique, mais la restreint quant aux personnes à l'égard desquelles elle oblige ; en effet, le verset 20 ajoute : « A un étranger, tu peux prêter à usure ; mais tu ne prêteras pas à usure à ton frère. » — C'est seulement entre eux que les Juifs ont reçu défense de pratiquer l'usure ; c'est encore à l'intérieur d'une communauté que la règle trouve son champ d'application.

Il est encore question du péché des usuriers, ou au contraire du mérite de « celui qui ne prend ni usure, ni accroissement », dans l'Exode, XXII, 25 ; les Psaumes, XV, 5 ; les Proverbes, XXVIII, 8 ; Ezéchiel, XVIII, 8, 13 et 17 ; XXII, 12.

C'est donc avec exactitude, même en s'en tenant à

leur propre loi, que le Prophète arabe menace les Juifs de châtiments pour s'être livrés à l'usure qui leur a été interdite. Quant aux chrétiens, on a estimé pendant tout le moyen-âge que le prêt à intérêt leur était défendu par l'Evangile (Luc, VI, 34-35). Les « gens du Livre » peuvent donc être considérés comme régis sur ce point par les mêmes dispositions que les musulmans ; ils seront punis pour avoir « mangé les biens » les uns des autres par des accroissements illicites. Le seront-ils pour avoir pratiqué l'usure à l'égard des croyants ? L'Evangile ne fait aucune distinction, mais la Bible autorise l'usure envers les étrangers. Un Juif peut donc l'exercer envers un musulman, d'après sa propre loi ; quant à la loi musulmane, nous verrons qu'elle permet de contracter avec un infidèle, même à des conditions usuraires (1). Mais le Coran n'en a rien dit.

S. XXX, v. 38 : « Et ce que vous donnez à usure pour l'accroître du bien des (autres) hommes ne croîtra pas aux yeux de Dieu ; mais ce que vous donnerez en aumône pour rechercher la face de Dieu, voilà ce qui sera doublé. »

L'idée exprimée dans ce verset a été déjà indiquée par le verset 277 de la sourate II : « Dieu anéantit l'usure et multiplie les aumônes. » C'est la rétribution respective de l'observance ou de la transgression de la loi. Le bénéfice que l'on aura cherché à s'assurer par des moyens

(1) Cf. plus bas, p. 104.

coupables ne profitera pas à son possesseur ; tandis que l'appauvrissement volontaire dans un but pieux sera récompensé par la justice divine.

Tels sont les passages du Coran relatifs à l'usure, et qui constituent la base du système juridique dont nous nous occupons. Interprétés largement, ils auraient pu peut-être donner naissance à une théorie moins rigoureuse que celle qui en est issue, et dont nous allons, après en avoir considéré la base et pour ainsi dire le germe, examiner l'éclosion et le développement.

2° Tradition et doctrine.

Les révélations consignées dans le Livre saint ne sont pas la source unique du droit dans l'Islâm ; les faits et gestes du Prophète constituent un modèle dont il faut toujours s'inspirer, et à plus forte raison ses paroles sont-elles de puissants motifs pour adopter telle ou telle opinion, pour s'arrêter à telle ou telle décision, d'ordre juridique tout aussi bien que politique ou théologique.

C'est ainsi que la « Sunna », ou ensemble des traditions (hadîts) rapportées au sujet de Mahomet, est devenue l'origine de nombreuses dispositions qui complètent celles du Coran ou en précisent la portée. En matière d'usure, par exemple, quelques paroles du Prophète, recueillies et commentées, ont donné lieu à toute une

réglementation minutieuse concernant le commerce des comestibles et des métaux précieux.

L'élaboration de ce système est l'œuvre des docteurs musulmans ; et, puisqu'il n'y a pas eu de codification, c'est dans leurs ouvrages qu'il faut rechercher les conclusions et les solutions qui tiennent lieu de loi. Naturellement, il arrive que des divergences se produisent, et il faut faire son choix entre les opinions professées par les jurisconsultes. Quatre écoles ou rites orthodoxes se partagent le monde islamique : Hanéfites, Malekites, Chaféïtes et Hanbalites. La plupart des auteurs se rattachent à l'un ou à l'autre de ces groupes, dont les deux premiers sont de beaucoup les plus importants. Ils ont créé, par leurs controverses et leurs subtilités, des théories souvent puériles et compliquées. Nous nous efforcerons de déterminer d'après eux les causes de la prohibition de l'usure, et son étendue tant au point de vue des règles juridiques qui en sont issues que des choses auxquelles elles s'appliquent.

Suivant le plus grand nombre de commentateurs, la proscription du « ribâ » procède surtout de cette idée qu'une convention synallagmatique exige deux obligations corrélatives dont chacune fait équilibre avec l'autre, comme font les deux plateaux d'une balance chargés d'un poids égal. Cet équilibre se rompt dès que l'un des deux plateaux est surchargé ; de même, si l'une des obligations excède l'autre, cet excédent qui n'a pas de

contre-poids pour lui faire face entraîne la chute du contrat. On pourrait dire, en empruntant l'ancienne théorie de la cause, que l'engagement de chacune des parties ayant pour cause réciproquement celui de son partenaire, aussitôt qu'il y a différence entre les deux, l'engagement devient sans cause et par conséquent illicite. Recevoir deux dirhems pour un que l'on a versé, au comptant ou à terme, constitue un bénéfice d'un dirhem sans compensation, c'est-à-dire une sorte d'intérêt, qui est considéré comme répréhensible et comme contraire, en somme, à ce principe général que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

Indépendamment de cette raison d'équité, il y a un intérêt social à interdire ces sortes d'opérations ; en effet, si l'accroissement qualifié d'usuraire était permis, ce moyen facile de réaliser des profits sans prendre de peine détournerait nombre de gens du commerce, qui est non seulement licite, mais encouragé, lorsqu'il ne nuit pas à l'accomplissement des devoirs religieux : « La prière achevée, allez où vous voudrez et recherchez les dons de la faveur divine » (Coran, LXII, 40) c'est-à-dire : livrez-vous aux affaires dont vous pouvez retirer quelque avantage (1). Il est donc louable de se procurer des ressources par son travail, en trafiquant honnête-

(1) Cf. aussi II, 194 : « Il ne vous est pas défendu de rechercher les avantages de la faveur divine », c'est-à-dire les avantages matériels qu'elle vous offre ici-bas.

ment des choses permises ; et ce serait porter au commerce un coup mortel que d'admettre un gain réalisé pour ainsi dire automatiquement, et produit par un capital qui n'est pas naturellement frugifère. On renoncerait à tout négoce, à toute activité, s'il suffisait de stipuler une prestation plus considérable que celle que l'on s'engage à fournir soi-même, pour s'assurer un bénéfice et des revenus dont l'obtention n'aurait pas coûté le moindre effort.

Du moment qu'il est défendu d'exiger un intérêt quelconque, il devient aussi beaucoup plus méritoire de rendre un service, puisqu'il est rendu d'une façon gratuite et désintéressée. La prohibition du « ribâ » est donc utile encore à ce point de vue : grâce à elle, le prêt devient un contrat de bienfaisance, un acte de charité, dont la récompense ne regarde qu'Allah, et qui sera compté au croyant comme une bonne œuvre. Ce mérite, à la vérité, est bien acquis un peu par force, puisqu'agir autrement est impossible ; et l'on pensera sans doute que la renonciation volontaire et charitable à un lucre permis serait plus proche de la vertu, telle que nous l'entendons.

Enfin, les auteurs allèguent, comme dernier motif, que l'usure est défendue parce que tel est l'ordre de Dieu, révélé au Prophète, et que la créature n'a pas à examiner les commandements divins, mais doit s'y soumettre purement et simplement. En effet, tout ce que Dieu ordonne est juste, et il est superflu de demander pourquoi, alors

que nous ne pourrions le comprendre la plupart du temps.

Nous avons vu que l'usure pouvait résulter de deux causes, et qu'il fallait distinguer l'usure d'excédent et l'usure de retard. Cette distinction a été introduite par les auteurs qui avaient analysé les différents cas et recherché en quoi consistait exactement le vice du contrat qu'ils étudiaient. Ils sont arrivés à cette conclusion, que l'usure peut provenir soit d'un surplus, soit d'un ajournement dans l'exécution. Quelquefois les deux causes concourent ; quelquefois une seule est à redouter. C'est pourquoi, se conformant à l'indication même du Prophète dans plusieurs traditions, on exige tantôt la simultanéité, tantôt la simultanéité et l'équivalence des prestations, qui sont précisément destinées à éviter respectivement l'usure d'excédent et l'usure de retard. La proscription des conventions incertaines ou aléatoires, qui peuvent amener au profit de l'un ou au détriment de l'autre quelques modifications dans les effets de l'acte, est également la conséquence toute naturelle de cette théorie.

Les hadîts fondamentaux sur lesquels repose tout le système sont ceux qui rapportent les paroles suivantes de Mahomet :

« Or contre or, argent contre argent, froment contre froment, orge contre orge, dattes contre dattes — et, d'après une version plus complète, sel contre sel — (doivent s'échanger) poids contre poids, qualité contre qualité, pareil contre pareil, égal contre égal, et de la main à la main... Quiconque augmente ou demande augmentation fait usure, le prenant com-

me le donnant... S'il s'agit de choses d'espèces différentes, vendez-les comme vous voudrez, pourvu que ce soit de la main à la main. » — « Dinâr contre dinâr, dirhem contre dirhem, pas d'excédent entre eux ; que l'un n'en donne pas plus que l'autre... Ne vendez pas le (métal) absent pour le présent. » — « Or contre or, argent contre argent, froment contre froment, orge contre orge, dattes contre dattes, n'établissez pas de différence entre les deux ; or contre or, argent contre argent, froment contre froment, orge contre orge, dattes contre dattes est usure, sauf (si l'on a dit) : « Tiens ! » et : « Tiens ! » (c'est-à-dire si les deux livraisons s'effectuent en même temps et sans désemparer). — « Or contre argent, argent contre or (et par analogie orge contre dattes, ou l'un quelconque des comestibles mentionnés contre un autre) est usure, sauf (si l'on a dit) : « Tiens ! » et : « Tiens ! »... Il n'y a pas de mal dans ce qui est de la main à la main : gardez-le ; ce qui est à terme est usure : rendez-le. »

De ces prescriptions, souvent répétées dans les récits des traditionnistes, et corroborées par d'autres paroles du Prophète à peu près identiques, les jurisconsultes musulmans déduisent les règles suivantes :

1^o L'échange de l'un des métaux (or ou argent) contre l'un des comestibles indiqués (froment, orge, dattes, sel) est absolument libre et peut avoir lieu également ou inégalement, à terme ou au comptant, chacune des deux catégories étant usuraire pour un motif différent, comme nous le verrons plus loin.

2^o L'échange des métaux entre eux et des comestibles entre eux comporte une distinction, suivant que le métal ou le comestible est échangé contre un métal ou un comestible de même espèce (or contre or, dattes contre

dattes) ou d'espèce différente (or contre argent, froment contre dattes). Au premier cas, deux conditions sont requises : égalité absolue des deux prestations et livraison réciproque simultanée ; au second cas, l'échange peut être inégal, mais doit être immédiat et au comptant : la dernière exigence seule subsiste.

En effet, si quelqu'un donne, par exemple, un dînâr pour en recevoir deux, un sac de blé ou une mesure de dattes pour recevoir deux sacs ou deux mesures des mêmes denrées, il est évident que cette opération lui fait réaliser un gain d'un dînâr, d'un sac de blé ou d'une mesure de dattes. Et cela que les deux prestations soient fournies en même temps ou non ; car il est flagrant que dans le premier cas il y a majoration de l'une des obligations sans rien qui la compense, et que le second cas n'est pas autre chose qu'un prêt à intérêt.

Supposons maintenant que les prestations soient égales, mais que l'une soit remise avant l'autre ; il peut survenir dans l'intervalle un changement de valeur qui fera qu'à l'échéance on livrera et recevra réellement, de part et d'autre, plus ou moins que l'on n'avait promis ou stipulé, de sorte que l'opération devient un marché à terme, une spéculation aléatoire, donc illicite.

C'est pourquoi les deux conditions de simultanéité et d'égalité sont requises dans les contrats portant sur des choses de même espèce.

Si l'espèce n'est pas la même, s'il s'agit de changer de

l'or pour de l'argent, d'acheter de l'orge moyennant des dattes, il ne saurait plus être question d'égalité. En effet, une même quantité d'or et d'argent est loin de représenter la même valeur ; une même quantité de blé, d'orge, de dattes ou de sel ne sont pas non plus équivalentes entre elles (1). C'est le jeu de l'offre et de la demande qui doit fixer le prix des unes par rapport aux autres, et ce prix sera susceptible de variations suivant leur plus ou moins grande abondance et leur plus ou moins grande nécessité.

Mais recevoir comptant une somme en or moyennant la promesse de verser plus tard une somme d'argent ou inversement, ou encore s'engager à fournir, à une échéance quelconque, une quantité déterminée d'orge en échange du blé qui vient d'être livré, cela peut être une combinaison usuraire, un prêt à intérêt déguisé ; c'est en tous cas, en raison de la variabilité du cours, une opération aléatoire, pouvant donner lieu à des gains ou à des pertes pour chacun des intéressés, sans que l'on puisse prévoir d'une façon certaine lequel encaissera les uns ou subira les autres.

On exprime ces règles sous une forme synthétique en disant que, dans chacune des deux catégories formées par les métaux précieux et les denrées en question, l'échange d'objets d'espèce différente doit avoir lieu de la

(1) Cependant, pour le blé et l'orge, v. page 74, la discussion suscitée par le hadîts de Mo' ammar.

main à la main, mais peut être inégal ; tandis que l'échange d'objets de même espèce doit être à la fois égal et immédiat.

Reste à déterminer d'une façon précise quels objets sont compris dans ces espèces, et quelles espèces dans ces catégories, ou en d'autres termes quelles sont les choses « usuraires », c'est-à-dire susceptibles de donner lieu à « ribâ ».

Le Prophète, comme on l'a vu, énumère dans le hadîts six substances différentes : l'or, l'argent, le froment, l'orge, les dattes et le sel. Ce sont, soit des métaux, soit des comestibles. Va-t-on, dans l'un et l'autre groupe, s'en tenir aux genres cités, ou étendre par analogie les prescriptions sacrées à un plus grand nombre de matières, par interprétation de l'intention présumée du législateur ? Ce problème a soulevé parmi les jurisconsultes des diverses sectes de nombreuses controverses.

Une école qui n'a plus guère qu'un intérêt historique, mais qui a eu son heure d'influence et de prospérité, et qu'en un très intéressant ouvrage le savant professeur Goldziher a magistralement étudiée, celle des Zâhirites (1), donnait à la question une solution bien caractéristique de la méthode qui lui a valu son nom. En effet, Zâhirite signifie partisan de ce qui apparaît, de ce qui est à l'extérieur, pour ainsi dire disciple de l'évidence. On appelait ainsi ceux qui professaient cette doctrine, que le sens

(1) Goldziher, *Die Zâhiriten*, Leipzig 1881.

littéral des textes doit seul être considéré, et qu'il ne faut pas rechercher l'esprit derrière la lettre, ni s'inquiéter des motifs qui ont inspiré une décision, sous peine de tomber dans l'arbitraire en substituant à l'autorité pure et simple le raisonnement individuel et l'opinion subjective, dont les déductions ruineraient fatalement l'homogénéité et la logique traditionnelles. Ce principe les conduisait à interpréter le plus strictement possible et à la lettre tous les textes coraniques et tous les préceptes de la Sunna, sans admettre qu'on pût voir derrière les mots un sens plus large, ni appliquer une règle à des cas non expressément visés, lors même qu'un examen attentif prouvait que cette généralisation eût assuré plus complètement l'atteinte du but poursuivi par le législateur.

Fidèles à cette ligne de conduite, les Zâhirites ne considèrent comme matières usuraires que celles nommément désignées par le Prophète, et répudient le « ta'lîl », ou recherche des motifs qui l'ont poussé à désigner ces choses plutôt que d'autres. Pour eux, l'énumération est limitative, et non à titre de spécimens, de sorte que la classification ne peut embrasser implicitement d'autres espèces que celles qu'il a citées. Cette interprétation restrictive a pour conséquence de soustraire aux rigoureuses mesures édictées une foule de denrées voisines des six que le texte mentionne ; et, chose singulière, mais dont d'autres exemples se rencontrent en droit mu-

sulman, c'est la doctrine la plus rigide et la plus étroite qui arrive à la solution la plus libérale en s'attachant aveuglément à la lettre et en bannissant toute tentative d'assimilation raisonnée.

Au contraire, les grands imâms des quatre rites principaux se sont livrés à une exégèse complète, qui d'ailleurs ne les conduit pas tous aux mêmes conclusions.

C'est ainsi que les Hanéfites estiment que l'or et l'argent sont usuraires à cause de leur poids, c'est-à-dire sont cités comme échantillons de ce qui se pèse, et par suite déclarent usuraires les autres métaux, non précieux, mais susceptibles de pesée, comme le fer, le cuivre, etc. — Tandis qu'aux yeux des Chaféïtes et des Malekites, le motif (*'illa*) qui fait considérer l'or et l'argent comme usuraires étant leur valeur, ils représentent des types de matières précieuses, et les autres choses qui se pèsent restent en dehors de cette catégorie.

Quant au froment, à l'orge, aux dattes et au sel, l'école hanéfite les considère comme usuraires à raison de ce que ce sont des choses qui se mesurent, et par conséquent applique la même règle à tout objet mesurable, comme le plâtre et toute substance pulvérisée ou liquide. Certains auteurs ont prétendu que, ces quatre denrées ayant en outre le caractère de comestibles, cette qualité devait être aussi exigée pour qu'une chose fût regardée, à leur exemple, comme usuraire. Dans cette opinion,

toute substance mesurable, mais non alimentaire, était exclue, et réciproquement, de sorte que des aliments comme le melon, la pastèque, tous les cucurbitacés en général, et même le coing, échappaient aux règles sur l'usure. Tel était l'avis de Sa'ïd-ben-Moseyyeb, d'Ahmed, chef de l'école hanbalite, et primitivement de Chafeï.

Mais les Chafeïtes se sont arrêtés depuis à une autre manière de voir, et considèrent simplement les quatre espèces énumérées comme spécimens de comestibles. D'après eux, tout aliment doit donc tomber sous le même régime.

Enfin, un auteur malekite a observé que toutes les matières énumérées, numéraire et subsistances, étaient des choses soumises à la « zekât », dîme ou aumône légale, et en a conclu que tout objet sur lequel cet impôt est perçu devait être soumis aux règles édictées pour les choses usuraires. La conséquence est d'étendre ces règles aux animaux domestiques ; solution contraire à certains hadîts et au principe : « Pas de « ribâ » en fait d'animaux » (1). Cette opinion n'a du reste pas prévalu ; et la majorité des jurisconsultes sont d'accord pour limiter l'application des dispositions sur l'usure aux deux métaux précieux et aux comestibles de première nécessité qui peuvent se conserver, ce qui est le cas des quatre espèces citées et aussi des raisins secs et des grains farineux, tels que pois, fèves, lentilles, etc. Il est, en effet, assez presumable que l'intention du Prophète était

(1) Cf. plus bas, page 106.

d'empêcher la spéculation et l'accaparement des vivres. Dans un pays et à une époque où les ressources étaient maigres et les famines fréquentes, comme aujourd'hui encore en Arabie, il importait d'éviter que des agioteurs sans scrupules pussent faire la loi sur le marché, provoquer la hausse des prix et pressurer cyniquement la foule indigente. Les mesures prises devaient donc naturellement s'appliquer tout d'abord aux subsistances indispensables et susceptibles d'être conservées. Or le blé, l'orge, les dattes, et même le sel dans une certaine mesure, sont les aliments essentiels du Bédouin, ceux qui forment sa nourriture courante et desquels il ne saurait se passer; ce sont aussi des vivres dont il peut faire un ample provision pour subsister pendant un long voyage, lorsqu'il part en caravane à travers le désert, où tout ravitaillement lui est impossible; ou amasser une réserve précieuse en vue des jours de disette, dont il n'est jamais absolument à l'abri.

C'est donc à ces deux caractères que la doctrine malekite s'attache pour déterminer si un aliment est ou non à compter au nombre des denrées usuraires, si l'on peut ou non le vendre sans le livrer en même temps qu'on reçoit le paiement du prix, si l'on doit ou non l'échanger contre des choses de même espèce avec une égalité parfaite et sans désemparer. Il faut même le concours des deux qualités, et un aliment indispensable, mais qui ne se conserve pas, ou inversement, ne sera

pas rangé parmi les comestibles usuraires. Ici encore, tous les auteurs ne sont pas d'une parfaite unanimité ; et il y a des fruits ou des légumes auxquels les uns reconnaissent les deux caractères requis, tandis que les autres leur en contestent au moins un. Par suite, il y a doute, ou plutôt divergence, au sujet de leur classification au point de vue du « ribâ ».

Du reste, les objets non usuraires, que ce soient ou non des métaux ou des aliments, peuvent aussi, en dehors des règles spéciales qui concernent certains objets appartenant à ces deux espèces, donner lieu à des opérations prohibées, notamment à des contrats qui comportent un aléa. Nous aurons donc à passer en revue, outre les conventions interdites concernant l'or, l'argent et les denrées usuraires, celles qui portent sur d'autres objets et qui sont entachées du même vice. Certains modes de vente, par exemple, sont par eux-mêmes illicites, quelle que soit la chose vendue. Il est souvent malaisé, d'ailleurs, de distinguer celle-ci du prix, qui peut être stipulé en nature aussi bien qu'en numéraire : et alors on se trouve en présence d'un simple troc, dans lequel on ne peut attribuer nettement à aucune des deux parties la qualité de vendeur, ni celle d'acheteur.

Dans la partie qui va suivre, nous étudierons spécialement un certain nombre d'opérations prohibées, que la doctrine condamne en se fondant sur la tradition. C'est donc dans les hadîts que nous puiserons principalement

nos matériaux ; nous y pourrons saisir, à la phase la plus reculée que nous puissions atteindre, la formation du système ; les commentaires fournissent des indications sur les étapes suivantes, et sur les discussions que certains points ont soulevées entre les imâms ou leurs disciples ; et l'on est ainsi amené à la théorie actuelle, développée dans les ouvrages des jurisconsultes qui tiennent lieu de codes. Il est surtout intéressant de déterminer ce que la Sunna, source primitive, a apporté en fait d'éléments à cette construction juridique, dont elle est la base ; l'examen des traditions relatives à l'usure jettera peut-être une certaine lumière sur le développement qui en est issu ; il montrera, en tous cas, quel était sur ce sujet l'état d'esprit du Prophète ou de ceux qui l'ont connu, ce qui à leurs yeux était permis et défendu, toléré ou répréhensible, et aussi de quel point de départ la méthode des auteurs et la subtilité des casuistes ont su tirer les décisions qu'exposent depuis plusieurs siècles les traités de droit musulman et qu'appliquent encore, de nos jours, les qâdis et les muftis chargés de rendre la justice sur le vaste territoire de l'Islâm.



DEUXIÈME PARTIE

Etude spéciale des opérations prohibées

Aussi bien que le Coran, les hadîts renferment des interdictions générales relatives à l'usure, et des menaces contre ceux qui s'y adonnent. El-Bokhâri (1) commence son titre : « Des Ventes » par la citation des versets du Coran qui la condamnent (II, 276 ; et IV, 33) ; les chapitres XXIII, et XXVI du même titre débutent par d'autres citations analogues (II, 277 et III, 425) ; le chapitre XXIV,

(1) El-Bokhâri est l'auteur de l'un des deux grands recueils de traditions prophétiques, dont l'autre est l'œuvre de Moslim. Tous les deux s'appellent « Çahîh » (authentique). — Le premier a été commenté par El-Aîni et El-Qastallâni, le second par En-Nawawi. Nous avons principalement utilisé l'ouvrage d'El-Bokhâri, dont MM. Houdas et Marçais publient une traduction française (Leroux, éditeur, Paris).

après avoir reproduit dans sa rubrique le verset 276 de la sourate II, rapporte en ces termes le châtement réservé à l'usurier :

« Selon Samora-ben-Djondab, le Prophète a dit : « Cette nuit j'ai vu en songe deux hommes qui vinrent à moi et m'emmenèrent vers une terre bénie. Nous marchâmes jusqu'à ce que nous arrivâmes à un fleuve de sang. Au milieu de ce fleuve se trouvait un homme debout. Un (autre) homme avait devant lui un tas de pierres. L'homme qui était dans le fleuve s'avança ; mais, quand il voulut sortir du fleuve, l'autre homme lui jeta une pierre sur la bouche et l'obligea à retourner (dans le fleuve) où il était. Chaque fois que le premier voulait sortir, l'autre lui jetait une pierre sur la bouche et le premier retournait à sa place. Comme je demandais (à mes deux compagnons) : « Qu'est-ce que ceci ? », l'un d'eux me répondit : « Celui que tu vois au milieu du fleuve est un homme qui a mangé l'usure. »

Dans le chapitre XXVI, outre la rubrique qui contient les versets 277 et suivants de la même sourate, on trouve parmi d'autres prohibitions celle qui nous occupe. Le hadits est conçu en ces termes : « 'Aoun ben Abou-Djohaïfa a dit : « J'ai vu mon père acheter un esclave phlébotomiste et faire briser ses instruments. Comme je le questionnais à ce sujet, il me répondit : « Le Prophète a interdit de payer le prix d'un chien ou d'une saignée ; il a défendu de tatouer et de se faire tatouer, de manger l'usure et de la faire manger ; et il a maudit le peintre. »

La même tradition se retrouve dans le chapitre CXIII,

qui termine le titre : « Des Ventes » (1). Il est à remarquer que les deux parties du contrat usuraire sont atteintes par la défense, celui qui consent comme celui qui exige ; et même, d'après l'intitulé du chapitre XXV, le greffier et les témoins. Ces points sont également signalés dans le recueil de Moslim, où le Prophète déclare coupable « le donnant et le prenant, celui qui écrit et ceux qui assistent ».

Enfin, au titre « Des Testaments », le chapitre XXIII mentionne parmi sept périls à éviter, le fait de manger l'usure (les six autres sont le polythéisme, la magie, le meurtre, la dissipation des biens des orphelins, la fuite dans le combat et le fait de calomnier les croyantes vertueuses). L'usure est nommée en quatrième lieu, immédiatement après le meurtre.

Quels sont les actes qui valent à leurs auteurs cette réprobation, et que la loi annule ou mutile ? C'est ce que nous allons étudier maintenant, en examinant, à propos des principaux contrats, quels sont pour chacun d'eux les procédés et combinaisons qui, soit parce qu'ils servent à dissimuler un prêt à intérêt ou à procurer un avantage prohibé, soit parce qu'ils présentent un caractère incertain et aléatoire, sont annulés par la loi comme contraires aux dispositions destinées à empêcher l'acquisition du lucre illicite.

(1) Voyez Houdas et Marçais, *Traditions islamiques*, t. II.

I. — Modes de vente prohibés.

Ce sont tous ceux qui comportent un élément d'incertitude et d'aléa (gharar), soit parce que l'objet du contrat n'est pas connu ou n'existe pas, soit parce qu'il est insuffisamment déterminé, ou que le vendeur ne l'a pas en sa possession, ou que l'on n'est pas sûr de pouvoir le fournir en temps voulu.

Ainsi, il est défendu de vendre, quel que soit d'ailleurs le prix, un vêtement, un mouton, ou toute autre chose « in genere » ; un poisson dans l'eau, un oiseau dans l'air, c'est-à-dire tout gibier non capturé ; du lait dans le pis d'une chamelle ou d'une brebis, c'est-à-dire avant de l'avoir traite ; la laine sur le dos d'un mouton, c'est-à-dire avant de l'avoir tondue ; le rejeton à naître d'une femelle pleine ou d'une esclave enceinte. En effet, dans toutes ces hypothèses, l'aléa est manifeste ; le mouton ou le vêtement qu'on livrera peut valoir plus ou moins que le prix convenu, et il y aura bénéfice pour l'un et perte pour l'autre. La même éventualité pourrait se produire dans la vente d'un objet déterminé et connu ; mais alors il n'y a plus rien de répréhensible, parce que chacun a pu savoir ce qu'il faisait en contractant et se rendre compte des avantages et des risques du marché.

Quant au poisson et à l'oiseau, l'acheteur n'a pu les examiner, et il n'est pas certain qu'on puisse s'en empa-

rer : la livraison n'en est donc pas assurée. De même, on ignore ce que donnera la traite ou la tonte, et si le fœtus naîtra, ou du moins naîtra viable : il peut survenir une fausse couche, ou un accident lors de l'accouchement. Nous verrons que l'incertitude inévitable sur l'issue de la grossesse empêche même que l'on puisse fixer comme terme la naissance d'un enfant ou d'un animal (1).

L'aléa est cependant toléré lorsqu'il ne peut être écarté, lorsqu'il est accessoire ou porte sur une perte ou un gain insignifiants. Par exemple, on peut vendre à quelqu'un ce qu'il voudra boire dans une outre pleine de lait, bien qu'on ne sache pas exactement quelle quantité lui suffira ; on peut percevoir un prix pour les bains, quoiqu'on ignore combien d'eau emploiera le client et combien de temps il séjournera dans l'établissement.

Les fondations d'une maison, que l'on ne peut voir et qui ne sauraient être vendues valablement, peuvent l'être avec la maison dont elles font partie ; on vendra une pelisse fourrée sans savoir ce qu'il y a à l'intérieur de la doublure.

Il y a doute pour la vente d'une femelle enceinte ou laitière ; le fœtus qu'elle porte, le lait qui est dans ses mamelles ne pourraient, nous l'avons vu, faire l'objet d'une vente isolée et spéciale. Mais peut-on vendre la femelle et son produit, ce dernier à titre d'accessoire ? En-Nawawî répond affirmativement ; El-Qastallânî, plus exigeant, déclare cette vente nulle, parce que c'est ven-

(1) Cf. plus bas, page 46.

dre en même temps, et côte à côte, un objet connu et un objet inconnu, juxtaposer un élément certain et un élément incertain ; pour que celui-ci soit réellement accessoire, il faut que la femelle soit vendue à condition d'être grosse (1) ou d'être laitière.

L'esclave fugitif, pour une raison analogue, peut être vendu, d'après certains auteurs, lorsqu'on connaît le lieu où il s'est réfugié, parce qu'alors on a des chances de le recouvrer ; mais, ici encore, aux yeux de juges plus sévères, l'aléa est trop considérable pour que l'on puisse apporter un tempérament à la rigueur du principe, et ils ne permettent en aucun cas de vendre ou de constituer en dot l'esclave fugitif.

Indépendamment de ces cas de vente aléatoire, il y en a quelques autres qui ont particulièrement attiré l'attention des jurisconsultes en raison de leur usage fréquent dans la période préislamique (2).

Nous allons les examiner avec plus de détails.

*1^o Vente au toucher (molâmasa) et au jet
(monâbadza).*

Ces deux genres de vente sont interdits expressément par le Prophète, d'après les hadîts rapportés par

(1) Cette condition est elle-même prohibée par Sidi-Kheïl (trad. Per-ron, III, p. 240) et par Ibn-'Acem (Tohfa, vers 754).

(2) Sur la fréquence des combinaisons aléatoires et des jeux de hasard chez les Arabes de cette époque, voyez plus bas, page 140.

Abou-Sa'id, Abou-Horaïra et Anâs ben-Mâlek (El-Bokhâ-ri, Ventes, chap. LXII, LXIII et XCI). Le premier de ces hadîts définit ainsi les deux opérations : l'une consiste à jeter un vêtement (ou une étoffe) à l'acheteur avant que celui-ci l'ait retourné et examiné, et l'autre à le lui laisser toucher, mais sans le voir. Ceci peut se présenter, par exemple, lorsque la vente a lieu la nuit, ou dans un endroit obscur.

Le procédé peut être employé par l'un et l'autre des contractants, soit que chacun touche le vêtement de l'autre sans le voir, soit que tous deux se jettent mutuellement une pièce d'étoffe, sans qu'il y ait eu d'examen préalable de part et d'autre ; soit enfin que deux individus fassent entre eux cette convention : « Jette-moi ce que tu as et je te jetterai ce que j'ai », sans qu'aucun des deux sache ce qu'il va recevoir en échange de ce qu'il donne. Si l'un des deux le savait, la vente serait d'ailleurs pareillement nulle.

Les commentateurs signalent trois variétés de vente au toucher, suivant le rôle attribué à cet acte dans le contrat :

1° L'acheteur palpe la chose, qu'il ne peut voir, et conclut le marché sans se réserver le droit d'option. Le toucher est ici un simple mode d'examen, que la loi déclare insuffisant : la marchandise n'est pas assez bien connue du preneur pour qu'il puisse renoncer à exercer le droit d'option lorsqu'il l'aura vue.

2° Le toucher constitue la vente, c'est-à-dire que la propriété est transférée et l'acheteur obligé à payer le prix par le fait même qu'il a touché l'objet. C'est un acte informe et qui ne saurait valoir comme une vente, car rien n'indique la volonté des parties ; et, si peu formaliste qu'on soit, c'est une exigence dont on ne peut se dispenser.

3° La vente a lieu à condition que l'acheteur, en touchant la chose, perdra son droit d'option. Le contrat existe bien, mais l'exclusion du droit d'option suppose qu'on a pu examiner ce qu'on achète, et la subordonner à la condition de simple toucher est inadmissible.

De même, la vente au jet peut être comprise de plusieurs manières, également aléatoires ; le vendeur a pu dire à l'acheteur : « Je te jette mon vêtement pour tel prix », ou bien : « Je te vends ceci, et quand je te l'aurai jeté, la vente sera définitive et l'option te sera fermée. »

2° *Vente aux cailloux (haçat).*

On peut rattacher à la « monâbadza » un procédé que Moslim signale sous ce nom et dont il est donné, dans le commentaire d'En-Nawawi, trois explications :

1° « Je te vends, d'entre ces vêtements, celui qu'atteindra ce caillou que je vais jeter » — ou encore : « Je te vends de cette terre, de ce champ, la portion comprise

entre l'endroit où nous sommes et l'endroit où tombera cette pierre que je vais lancer » ;

2° « Je te vends ceci, et lorsque j'aurai jeté ce caillou, tu ne pourras plus exercer ton droit d'option » ;

3° (c'est l'acheteur qui parle) : — « Si je jette une pierre sur ce vêtement, il sera à moi pour tel prix. »

Ce dernier arrangement n'est pas une vente en bonne forme ; suivant l'expression du commentateur, c'est substituer à l'accord qui constitue le contrat le geste de jeter une pierre, qui ne peut produire d'obligations. — Les deux premières combinaisons sont clairement aléatoires.

3° Vente et louage de la saillie d'un étalon.

Les deux Çahîh (1) rapportent que le Prophète a interdit de donner un prix pour la saillie d'un étalon (ou, plus exactement, pour son sperme). En effet, ce serait vendre une chose indéterminée et impossible à évaluer ou à estimer. Toute vente portant sur un tel objet est illicite.

Mais si, au lieu de considérer le prix donné comme correspondant à ce que l'animal a éjaculé, on le considère comme un salaire perçu pour le louage de cet animal et le service qu'il a rendu, la solution restera-t-elle la même ? — Oui, répond la majorité des auteurs chaféïtes ; la seule chose permise est que le propriétaire de la

(1) V. p. 37, note.

femelle donne quelque chose en cadeau à celui de l'étalon : c'est alors un échange de bons procédés, dont chacun est gratuit et ne sert point de contre-partie à l'autre.

Les Malekites, moins rigoureux, autorisent le louage lorsqu'il ne comporte pas d'élément incertain, c'est-à-dire lorsque l'étalon est loué pour un nombre déterminé de saillies, ou pour un laps de temps déterminé. Ils prohibent seulement la location à forfait, c'est-à-dire jusqu'à fécondation de la femelle, parce qu'alors il y a aléa : la femelle peut être fécondée dès la première saillie, et alors son possesseur est lésé ; et elle peut ne pas l'être même au bout de vingt fois, et alors c'est le propriétaire de l'étalon qui aura reçu une compensation insuffisante.

4° Vente de la portée d'une femelle ou vente pour l'époque où elle mettra bas (habal el hablâ).

Pas plus que « ce que le mâle a dans les reins », on ne peut vendre « ce que la femelle a dans le ventre » : l'enfant à naître d'une esclave, le rejeton à naître d'une chamelle ou d'une brebis sont des choses inconnues, futures et dont la livraison n'est pas certaine.

Mais cette matière a été l'occasion de hadîts portant sur des points plus spéciaux et interdisant certaines opérations qu'il est assez difficile de préciser, à cause de l'ambiguïté des expressions arabes, qui a motivé des divergences entre les juristes musulmans eux-mêmes.

Le chapitre LXI (Titre « des Ventes », d'El-Bokhâri) (1), est intitulé : « De la vente aléatoire, et (particulièrement) de la vente du rejeton de la femelle enceinte », ou plutôt « de la vente (pour l'époque) de l'accouchement ». Ce dernier sens est commandé par l'explication donnée dans le texte au sujet de ce genre de contrat, qui était usité au temps de la « Djâhiliya » et que le Prophète, suivant 'Abd-Allah-ibn'Omar, a prohibé. Il consistait, dit El-Bokhâri, en ce que l'on achetait un chameau en fixant comme terme l'époque où mettrait bas une chamelle, et, qui plus est, une chamelle à naître. Il fallait donc, suivant ses propres termes, « qu'une (première) chamelle mît bas, puis que mît bas à son tour celle qui était née (de la première) ». — Le commentaire observe qu'au lieu d'un chameau, comme le suppose le hadîts, on pouvait acheter dans ces conditions tout autre objet sans que la nature de l'opération en fût changée.

En effet, nous voyons bien qu'il y a là un élément aléatoire, puisque le terme est doublement incertain : il le serait déjà s'il avait été fixé au moment où la première chamelle mettra bas ; il l'est *a fortiori* puisque, ce premier événement étant survenu, il faudra encore que l'animal nouveau-né mette bas à son tour. Or, si la première chamelle a donné le jour à un mâle, le terme ne pourra jamais échoir ; si même elle a accouché d'une

(1) C'est à son livre que se rapporteront les citations faites sans nom d'auteur dans la suite de ce travail.

femelle, il faudra encore, pour que le contrat devienne définitif, que cette jeune chamelle soit fécondée, puis mette bas, ce qui est évidemment incertain.

Mais quels seront les effets de l'échéance, en supposant qu'elle arrive ? A quoi s'appliquait ce terme si bizarrement compris ? Est-ce à la livraison du chameau acheté, ou au paiement du prix, ou aux deux prestations ? Enfin, en quoi consistait ce prix, dont le texte ne précise aucunement la nature ?

Pour répondre à ces questions, il faut rapprocher notre texte du chapitre VIII du titre : « De la Vente à livrer (Selem) ». — Il est intitulé, plus clairement que celui-là : « Du Selem *pour* (1) (l'époque de) l'accouchement de la femelle », et fait suite à un chapitre qui traite « Du Selem à terme certain ». La même tradition y est rapportée ; mais les mots « habal el hablâ » y sont expliqués plus simplement par Nâfi', qui leur attribue leur sens le plus naturel, c'est-à-dire l'époque où une chamelle mettra bas. Il n'est plus question de la seconde chamelle. — Cependant, la première interprétation, qui se trouve dans le texte même d'El-Bokhâri, et qui est soutenue par l'autorité du râwi lui-même, a prévalu auprès d'un certain nombre de traditionnistes. Quoi qu'il en soit, et que l'on comprenne l'expression dans son sens le

(1) « ilâ » C'est la présence de cette préposition qui empêche de lire, comme on est tenté de le faire au ch. LXI des Ventes, « vente du rejeton de la femelle enceinte ».

plus simple ou dans le plus compliqué, la citation de notre hadîts à cette place facilite un peu les recherches sur la nature de l'opération prohibée par le Prophète. En effet, nous en pouvons conclure que le terme ne s'appliquait qu'à l'une des deux prestations, puisque la vente à livrer, comme on le verra bientôt, consiste essentiellement dans la livraison immédiate d'une chose contre la promesse d'une prestation ajournée, qui reste « dans l'obligation », disent les juristes arabes (fi-d-dzimma).

Or, l'une des parties fournit un chameau (ou tout autre objet, selon la remarque d'El-Qastallâni) ; c'est évidemment cet objet qui est livré au comptant. Mais en quoi consiste le prix, ou plutôt la chose promise en échange et dont la livraison s'effectuera lors de l'accouchement, soit d'une chamelle grosse, soit de celle qui en naîtra ? On a supposé que c'était le produit lui-même, soit de la première, soit de la seconde chamelle. Cette hypothèse, nous dit En-Nawawi dans le commentaire qu'il consacre à ce hadîts, également recueilli par Moslim, a été adoptée par Ahmed ibn-Hanbal et par beaucoup de lexicographes ; et, en effet, si l'on s'en tient à l'intitulé, tel qu'il est rédigé dans Moslim et dans le titre de la vente d'El-Bokhâri, (c'est-à-dire sans la préposition « ilâ » devant les mots « habal el hablâ »), le sens littéral doit suggérer et même imposer cette manière de voir, qui paraît d'ailleurs donner de l'opération une explication satisfaisante.

N'est-il pas naturel, en effet, de supposer un Bédouin pauvre et affamé, ayant pour tout bien une chamelle pleine, et qui vend le petit à naître, livrable nécessairement lorsqu'il sera né, pour se procurer à l'instant même de quoi apaiser sa faim ? C'est ce que semble indiquer une autre version du même récit, qui se trouve consignée par El-Bokhâri au titre : « Des Fastes des Ançâr », chapitre XXVI, hadîts 12, et dans laquelle il est dit que les Arabes de l'époque anté-islamique stipulaient, non plus un chameau, mais « des viandes », « ilâ habal el hablâ ».

Malheureusement, ces derniers mots, avec la préposition « ilâ », ne peuvent guère signifier « en échange du rejeton dont la chamelle est grosse », mais bien plutôt « en fixant pour terme l'époque où elle mettra bas ». De plus, ils sont, aussitôt après, expliqués par Ibn-'Omar lui-même dans le même sens que leur attribuait El-Bokhâri dans le premier passage où il mentionne le hadîts (Ventes, ch. LXI), c'est-à-dire en fixant pour terme le moment où accouchera la chamelle qui est encore dans le ventre de sa mère. Il faut donc renoncer à envisager les choses comme ci-dessus, et supposer que le prix du chameau ou des viandes fournis comptant, prix dont la livraison est ajournée à ce terme plutôt étrange, consiste en autre chose que le produit de la chamelle à naître, ou que cette chamelle elle-même à sa naissance.

C'est l'opinion adoptée par les Malekites et les Chafeï-

tes, conformément au dire du râwi. Ce qu'on livrera au moment où soit la première, soit la seconde chamelle mettra bas, ce n'est point son rejeton, mais une prestation quelconque ; et la mention de ce double accouchement n'a d'autre but que la fixation du terme, si l'on peut appeler ainsi le fait de lui assigner une échéance aussi incertaine. Le contrat reste une vente à livrer, comportant l'acquisition immédiate d'un animal ou d'une marchandise quelconque, contre l'engagement de payer un prix quelconque au terme convenu ; dans le cas présent, ce terme est incertain, et c'est pourquoi le Prophète a condamné cette opération ; ce qui revient à dire tout simplement que l'on ne peut, dans une vente à livrer, stipuler qu'un terme certain pour celle des deux prestations qui est ajournée. En effet, dit En-Nawawi, le terme, étant incertain, prend une partie de la valeur du prix dont le paiement est subordonné à son échéance ; c'est-à-dire qu'alors le prix n'est pas absolument déterminé, la plus ou moins grande proximité du terme le diminuant ou l'augmentant.

La nullité du contrat ainsi interprété se comprend aisément ; elle est également admise, pour un autre motif, par ceux qui, préférant à l'avis d'Ibn-'Omar la signification littérale de l'expression « habal el hablâ » non précédée de la préposition « ilâ », estiment que le prix de la vente à livrer consiste dans le rejeton à naître, lequel ne peut évidemment être livré qu'à terme. Dans

cette hypothèse, la vente est nulle parce qu'on a vendu une chose future, inconnue et dont la livraison sera peut-être impossible ; d'où aléa, d'où prohibition.

Peu importe, d'ailleurs, qu'il s'agisse du rejeton de la chamelle grosse, ou du produit que donnera ensuite ce rejeton : il y a seulement un aléa plus considérable dans ce dernier cas. De même, pour les partisans du premier système, que ce soit Ibn-'Omar ou Nâfi' qui soit dans le vrai, que l'accouchement soit celui de la première ou de la seconde chamelle, la solution sera la même, parce que le terme sera toujours incertain, un peu moins dans le premier cas, un peu plus dans le second ; le vice existera toujours, seulement à un degré différent.

Ce cas particulier de vente à livrer nous amène tout naturellement à l'examen des règles générales de ce contrat et des façons illicites d'y procéder.

II. — Vente à livrer (Selem).

El-Bokhâri consacre un titre spécial à cette matière. Nous savons qu'il consiste en une vente à terme avec avance du prix, c'est-à-dire en une prestation différée (1) promise contre une prestation immédiate (2). C'est donc, en somme, un prêt, et en fait la doctrine ne le considère

(1) « Mosallam fihi ».

(2) « Ras-el-mâl ».

pas autrement : « selem » et « selef » sont pour ainsi dire deux synonymes.

Par suite, il est de l'essence du contrat que la chose prêtée soit fournie au comptant ; s'il n'en était pas ainsi, les deux prestations resteraient « dans l'obligation » et ce serait échanger seulement deux promesses, « établir dette contre dette ». Cependant on admet, dans le rite malekite, que la livraison peut être faite deux ou trois jours après la conclusion de la vente, ce délai très bref étant considéré comme insignifiant.

Quant à l'objet de l'engagement de l'emprunteur, il doit être déterminé de la façon la plus précise, « décrit et reconnaissable », ce qui exclut la possibilité de le faire consister en substances mélangées dont l'identification est impossible, comme la harîsa (1), les pâtes, les confitures, etc. Cette nécessité est clairement exprimée dans les chapitres I et II du titre « Du Selem » d'El-Bokhâri.

On y lit, en effet, que « d'après Ibn-'Abbâs, lorsque l'Envoyé de Dieu arriva à Médine, on y prêtait sur les fruits (ou, dans une autre version, sur les dattes) pour un an ou deux (ou, selon une variante, pour deux ou trois ans). Le Prophète dit alors : « Que celui qui prête sur des fruits prête sur une mesure déterminée et sur un poids déterminé. »

(1) Ce nom désigne un mets composé de froment cuit et de viande pétrie.

Naturellement, ces deux modes de détermination ne sont pas exigés cumulativement : on ne saurait exiger, par exemple, cent çâ' de blé pesant tel poids, et cela pour la même raison qui empêche que l'on puisse stipuler des dattes fraîches livrables en hiver, ou de grosses perles en toute saison ; à savoir que l'objet de l'obligation doit pouvoir être fourni au temps convenu, et par suite doit exister à l'époque, ou ne pas être d'une rareté telle qu'en tout temps on ne puisse s'en procurer que difficilement.

Il faut donc comprendre plutôt : « ... sur une mesure ou sur un poids déterminés », et appliquer respectivement les deux procédés aux choses qui se pèsent et à celles qui se mesurent habituellement. Mais serait-il permis d'intervertir les deux modes d'estimation ? On admet généralement qu'il est licite de peser ce qui se mesure ; mesurer ce qui se pèse n'est autorisé qu'après plus d'hésitations, mais on le tolère également, parce qu'il s'agit ici de fixer une quantité et non plus d'établir une équivalence, comme dans le trafic des denrées usuraires (1). Encore faut-il, cependant, que le pesage et le mesurage ne soient appliqués qu'à des objets qu'ils peuvent servir à évaluer : ainsi, ils ne seraient pas admis pour des parcelles de musc et d'ambre, dont chaque petit morceau a beaucoup de valeur et que l'on estime

(1) Voir p. 59 et suivantes.

toujours autrement. De même, s'il s'agit d'étoffes, on recourra de préférence au métrage et non à la jauge ; s'il s'agit d'animaux, on les comptera par tête.

Ces divers objets sont, en effet, susceptibles de faire l'objet d'une vente à livrer, tout aussi bien que les fruits, si l'on en croit une version du récit d'Ibn-'Abbâs, celle du chap. II, had. 1, selon laquelle le Prophète, au lieu de parler de l'individu qui prête sur des dattes ou sur des fruits, aurait dit : « Sur une chose... ». Cette expression vague comprend tous les objets de quelque nature qu'ils soient ; cependant la doctrine hanéfite exclut les animaux, dont elle prohibe le prêt, contrairement à la théorie des trois autres rites orthodoxes (1).

Pourvu que l'obligation soit rigoureusement déterminée, on ne s'inquiète pas si le débiteur possède ou non les choses qui en sont l'objet. On pourrait croire que si le remboursement doit se faire, par exemple, en grains ou en fruits, le prêt ne pourra être consenti qu'à un propriétaire foncier. Il n'en est rien, puisque Ibn-Abzâ et Ibn-Abou-Awfa, consultés à ce sujet, répondent : « Au temps de l'Envoyé de Dieu, d'Abou-Bekr et de 'Omar, nous prêtions sur le froment, l'orge, le raisin sec et les dattes (2) (chap. II, had. 3) », et que les deux mêmes personnages, dans une autre version du même récit (chap. III, had. 1, et chap. VII, had. 2), disent, l'un

(1) Cf. plus loin, page 107.

(2) Et sur l'huile, d'après une variante.

« que ces prêts étaient consentis à des Nabatéens de Syrie, sans leur demander s'ils avaient ou non des terres », et l'autre que « du vivant du Prophète, ses compagnons prêtaient aux gens sans leur demander si oui ou non ils avaient des terres ».

Le hadîts 3 du même chapitre et le chapitre suivant (IV) s'occupent de la vente à livrer en matière de palmiers. Abou-l-Bakhtâri y rapporte qu'ayant consulté Ibn-'Omar et Ibn-'Abbâs sur ce sujet, ceux-ci lui répondirent que le Prophète avait interdit de vendre les palmiers (c'est-à-dire leurs fruits) « avant qu'ils ne fussent mangeables et à moins qu'ils ne fussent pesés », ou de les vendre « avant maturité ». Ibn-'Omar rappelle en même temps l'interdiction du change à terme, et Ibn-'Abbâs, sur une interrogation de son interlocuteur, explique les mots : « à moins qu'ils n'aient été pesés » par : « à moins que la quantité n'en ait été estimée ». Il est évident, en effet, que l'on ne peut peser les dattes sur l'arbre ; on se contente donc d'évaluer les régimes du palmier.

Est-ce à dire que, ces conditions de maturité et d'estimation remplies, la vente à livrer portant sur le palmier soit permise ? La prestation différée porte sur des dattes individuellement désignées et non plus sur une quantité déterminée de dattes quelconques ; ce n'est plus une chose « dans l'obligation » et seulement décrite, mais une chose individualisée. Les Malekites disent que le contrat est néanmoins permis, parce que, si l'on adop-

tait l'opinion contraire, un propriétaire de palmiers ne pourrait plus se faire prêter sur eux, alors qu'un individu qui ne possède pas de terre pourrait pratiquer le Selem librement. Or, il y a là un moyen de crédit à utiliser, et la désignation expresse des palmiers est un élément de sécurité pour le créancier.

Les autres rites, au contraire, condamnent la vente à livrer appliquée aux fruits de tel ou tel palmier désigné d'un jardin donné, même quand la maturité a commencé. Ils y voient une vente aléatoire, en s'appuyant sur ce fait, que le Prophète refusa à Zeïd-ben-Sa'na de lui vendre à terme des dattes désignées, prises dans tel jardin, et accepta seulement de lui vendre un nombre déterminé de charges de dattes, sans préciser desquelles (1).

En tous cas, lorsqu'il ne s'agit pas de dattes, le Selem paraît incontestablement licite pour les grains dont la maturité a commencé, ou qui sont utilisables, puisque, au chapitre VII, Ibn-'Abbâs l'autorise expressément « pour les comestibles décrits, moyennant un prix fixé, à un terme certain, s'il ne s'agit pas de grains non encore utilisables ».

Le terme doit être certain ; mais est-il nécessaire qu'il y ait un terme ? D'après Ibn-'Abbâs et Ibn-Abou-Nâdjih (chap. II), le Prophète a recommandé de prêter « sur une mesure déterminée et un poids déterminé *et pour*

(1) V. El-Qastallâni sous notre hadîts.

un terme certain ». Les contrats passés avec les Nabatéens de Syrie, mentionnés aux chap. III et VII, ont lieu « pour un délai fixé ». Faut-il en conclure que le terme est un élément essentiel ou seulement facultatif ? La première opinion est celle des Hanéfites et des Malekites, qui exigent l'indication du moment auquel s'effectuera le remboursement. Les deux rites sont en désaccord sur la durée permise du délai : tandis que les Malekites estiment qu'il ne peut être inférieur à quinze jours, c'est-à-dire à l'intervalle qui sépare habituellement deux marchés, certains auteurs hanéfites admettent qu'il peut être seulement de trois jours, laps ordinaire en matière de droit d'option, ou même d'une demi-journée, ce qui ne doit guère se produire dans la pratique.

Pour les Chafeïtes, la vente à livrer ne suppose pas nécessairement la fixation d'un terme ; elle peut seulement être affectée de cette modalité, dont l'absence ne l'infirmes pas. Il semblerait cependant que ce soit un élément obligatoire ; d'après le hadits, Mahomet a dit : « Que celui qui prête sur une chose prête sur une quantité déterminée et pour un terme certain. » Mais les Chafeïtes interprètent cette prescription en disant qu'elle tend seulement à proscrire le terme incertain, et nullement à condamner le contrat qui n'en comporte aucun ; ils lisent la phrase de la façon suivante : il faut prêter sur une quantité déterminée et pour un terme certain, *lorsqu'il y en a un* ; on est donc libre de n'en fixer aucun.

Ils donnent de cette manière de voir une raison assez curieuse : le terme, même certain, est toujours un élément inconnu, qui introduit dans la convention une part d'aléa ; donc, puisqu'il est licite, le contrat sans terme doit l'être, à plus forte raison, comme moins susceptible d'aléa. Telle est la doctrine qui paraît avoir les préférences d'En-Nawawî.

En tout cas, l'unanimité des auteurs prohibe absolument le terme incertain, dont on donne plusieurs exemples, tels que la moisson, le retour d'un voyageur ou d'un pèlerin, l'arrivée d'un navire, mais dont le cas le plus caractéristique est certainement celui que nous avons examiné plus haut (1), c'est-à-dire l'époque où mettra bas une chamelle, née ou à naître.

III. — Commerce des matières usuraires.

Ces matières sont, comme nous l'avons vu, l'or et l'argent, le froment, l'orge, les dattes et le sel, que l'on regarde en général comme des spécimens, et sous chacun desquels on groupe les produits analogues (2).

Sous cette rubrique, nous étudierons en conséquence le trafic des métaux précieux, notamment le change ; celui des objets enrichis d'or ou d'argent, et le commerce des comestibles. Les principes fondamentaux de

(1) V. page 46 et suiv.

(2) V. page 30 et suiv. et plus bas, p. 73-74.

la réglementation applicable à ces matières constituent la base de la législation musulmane sur l'usure ; ils ont déjà été exposés. Nous allons maintenant considérer de plus près leur fonctionnement et les difficultés qu'ils peuvent soulever.

Rappelons seulement que l'un des métaux ou l'un des comestibles en question ne peut s'échanger contre un autre de ces métaux ou un autre de ces comestibles que de la main à la main, et contre une chose de sa propre espèce qu'à égalité, toujours de la main à la main (1). Nous allons étudier l'une et l'autre hypothèse dans chacune des deux catégories, et aussi les opérations aléatoires auxquelles peuvent donner lieu les métaux précieux et les denrées alimentaires.

1° Trafic des métaux précieux.

L'or et l'argent peuvent être échangés chacun contre du métal pareil, ou contre l'autre. L'échange de l'or contre l'or, ou de l'argent contre l'argent, s'appelle « mobâdala » lorsqu'il a lieu au nombre, et « morâtala » lorsqu'il a lieu au poids ; l'échange de l'or contre l'argent s'appelle « çarf », terme qui s'emploie quelquefois pour désigner d'une façon générale toute opération por-

(1) V. Moslim (chap. de l'usure) et El-Bokhâri (ventes, ch. 20, 49, 54 à 56, 74, 76 à 81, 89 ; vente à livrer, ch. 5 ; mandat, ch. 11).

tant sur les métaux précieux, mais dont la signification véritable et spéciale est celle que nous attachons au mot change.

La première opération est usuraire si elle n'a pas lieu à égalité et par livraisons simultanées, égal contre égal, pareil contre pareil, de la main à la main par : « Tiens ! » et : « Tiens ! » — Et l'égalité ne s'entend pas seulement de la quantité, mais de la qualité : il est interdit de donner 100 dinârs pour en recevoir 200, et même de donner 100 dinârs de mauvais aloi pour en recevoir 100 de bon aloi ; de livrer un poids d'argent contre un poids supérieur, ou contre le même poids d'un alliage d'argent et de cuivre.

Quant à la seconde condition, qui exclut évidemment la possibilité d'ajourner l'une des deux livraisons, on s'est demandé si elle permettait d'ajourner les deux à un même terme : elles n'en auront pas moins lieu en même temps, et de la main à la main. C'est ce que semble indiquer cette expression assez étrange, qui se trouve dans Moslim : échanger une chose présente contre une chose absente de la main à la main. En-Nawawi pense que le cas visé est celui où deux individus conviennent d'échanger de l'or en quantité égale, mais n'exécutent pas leur convention immédiatement : par exemple, l'un d'eux n'a pas sur lui la somme nécessaire, et l'envoie chercher à son domicile ; puis, quand on la lui a apportée, tous deux procèdent à l'opération. Comme ils ne se

sont pas séparés, elle est valable en dépit de ce léger retard, et quoique un intervalle appréciable ait pu s'écouler entre la conclusion et l'accomplissement du contrat. Le qâdi 'Ayiâdh n'est pas de cet avis, et déclare que les deux choses à échanger doivent être présentes au moment de l'accord; mais la plupart des auteurs, notamment Chafeï, autorisent l'échange dans ces circonstances.

Sur la « morâtala », un récit que Moslim place dans la bouche d'Abou-l'-Ach'ats fournit quelques indications.

« Nous étions, rapporte le râwi, en expédition sous les ordres de Mo'âwiya, et nous fîmes un butin considérable, dans lequel se trouvaient des vases d'argent. Mo'âwiya ordonna de les vendre pour ce qu'en donneraient les gens (1), qui accoururent à l'envi. La chose parvint à 'Obâda-ben-Es-Sâmit, qui se leva et dit : « Certes, j'ai entendu l'Envoyé de Dieu interdire la vente d'or contre or, d'argent contre argent, de froment contre froment, d'orge contre orge, de dattes contre dattes, et de sel contre sel, si ce n'est égal contre égal, argent comptant contre argent comptant; et quiconque ajoute ou fait ajouter, commet l'usure. » Et les gens rendirent ce qu'ils avaient pris. »

La suite de l'anecdote, qu'il est inutile de reproduire, nous apprend que la remontrance ne fut pas acceptée sans récriminations par Mo'âwiya, mais qu'il dut finalement s'incliner.

(1) Tel paraît être le sens des mots « fi a'tiyâti-n-nâsi »; toutefois notre certitude à cet égard n'est pas absolue.

On a conclu de ce hadîts que les actes ne remplissant pas les conditions requises doivent être annulés, puisque « les gens rendirent ce qu'ils avaient reçu ». Il est probable que les vases d'argent durent ensuite être vendus contre un poids d'argent égal.

Malgré les paroles nettes et précises du Prophète, on a voulu contester que cette égalité dans l'échange d'objets de même espèce fût nécessaire, et cela parce qu'il existe un hadîts assez ambigu, d'après lequel Mahomet aurait exigé comme seule condition que l'échange se fît au comptant. Voici ce hadîts, tel qu'il figure dans El-Bokhârî, au chapitre LXXIX des Ventes :

Abou-Sa'ïd el Khodri a dit : « Dînâr contre dînâr et dirhem contre dirhem. » — Je lui fis observer, dit Abou-Sâlih, qu'Ibn-'Abbâs (d'après lequel il rapportait le propos) ne s'était pas exprimé ainsi... Alors, dit Abou-Sa'ïd, je demandai à Ibn-'Abbâs s'il avait entendu cette prescription de la bouche du Prophète, ou s'il l'avait trouvée dans le livre de Dieu. « Je ne dirai rien de tout cela, répondit-il, car vous en savez plus que moi au sujet de l'Envoyé de Dieu, mais Osâma m'a informé que le Prophète a ajouté : « Il n'y pas usure à moins qu'il n'y ait terme. »

Cette dernière phrase, dont Moslim attribue la relation à Ibn-'Abbâs et à Ibn-'Omar, semble évidemment permettre l'inégalité, et cela dans un échange où les deux prestations consistent dans le même métal. Elle a fort embarrassé les commentateurs, qui, la trouvant en contradiction absolue avec les règles édictées par le Pro-

phète sur le même sujet, règles affirmées par un grand nombre de hadîts certains, ont cherché à l'écarter par des explications plus ou moins ingénieuses. La plus simple est de supposer qu'elle a été abrogée, et la chose a été soutenue ; puis on a suspecté l'authenticité, ou du moins l'exactitude du récit, où Ibn-'Abbâs s'exprime avec beaucoup de réserve et ne paraît pas très sûr de son fait, et on a cherché à appliquer la règle conformément aux principes, c'est-à-dire à la restreindre soit aux choses non usuraires, soit à l'échange de choses d'espèces différentes. Par exemple, un créancier à qui il est dû un vêtement vend sa créance à son débiteur pour un esclave livrable à terme ; c'est une novation par vente de dette contre dette, et par suite illicite ; si l'esclave avait été livré comptant, l'opération eût été permise. De même, dans un change, la maxime : « Il n'y a d'usure que s'il y a terme » est d'une rigoureuse vérité.

Mais, si l'on rattache ces mots aux paroles du Prophète rapportées par Abou-Sa'ïd dans la première partie du hadîts, la simple observation attentive du texte fait disparaître toute difficulté. En effet, si le Prophète a dit : « Dînâr contre dînâr, dirhem contre dirhem, il n'y a d'usure que dans le terme », il a parfaitement formulé les deux règles d'égalité et de simultanéité applicables dans l'échange de choses appartenant à la même espèce. Il faut remarquer que « dînâr contre dînâr, dirhem contre dirhem », n'est pas la même chose que « or contre or,

argent contre argent » : cela ne veut pas dire une quantité quelconque de métal contre une quantité quelconque du même métal, mais cela implique l'égalité, un dirhem étant égal à un dirhem, un dinâr à un dinâr. De sorte que la phrase signifie : lorsque les deux quantités d'or ou d'argent sont égales, la seule condition qui reste à remplir pour éviter l'usure est de les échanger comptant ; et c'est une nouvelle affirmation des principes posés, une nouvelle formule des règles admises, au lieu d'une proposition qui les contrarie.

C'est en fait d'échange d'une espèce contre une autre espèce que l'usure réside exclusivement dans le terme ; et c'est pourquoi le change proprement dit (*çarf*) ne doit se faire que par : « Tiens ! », et : « Tiens ! » Un *hadîts* caractéristique à cet égard est celui de Mâlik-ben-Aus (El-Bokhâri, Ventes, ch. LIV, *had.* 4, et dans une version plus complète au chap. LXXVI), qui s'exprime ainsi :

« Comme je cherchais quelqu'un pour changer cent dinârs, Talhâ-ben-'Obaid-Allah m'appela. Après avoir discuté les conditions, il accepta de faire ce change ; il prit l'or dans sa main et le mania, puis il me dit : « Attends que mon caissier soit de retour de El-Ghâba. » 'Omar, qui avait entendu tout cela, me cria : « Ne le quitte pas avant d'avoir reçu ta monnaie, car le Prophète a dit : « Dinâr contre dirhem (1) (ou, suivant diverses variantes, or contre argent, ou même or contre or) est usure sauf (si l'on dit) : « Tiens ! » et « Tiens ! » ;

(1) Telle est l'expression qui figure dans Moslim.

froment contre froment, orge contre orge, dattes contre dattes est usure sauf (si l'on dit) : « Tiens ! » et « Tiens ! ».

Il est singulier que les paroles citées visent, au moins pour les comestibles, l'échange de choses appartenant à la même espèce, alors qu'il s'agit justement de choses d'espèces différentes ; mais la règle est commune aux deux cas, et résulte clairement pour le change de hadîts précis, comme celui qu'El-Bokhâri a consigné dans le chapitre LXXX du titre des Ventes, et dont les détails sont plus explicites dans la rédaction conservée par Moslim. Le râwi est Abou-Minhâl :

« Un de mes associés, dit-il, vendit de l'argent (contre de l'or) à terme, pour la fête ou pour le pèlerinage. Il revint vers moi et m'en informa. Je lui dis : « C'est une chose qui n'est pas bonne ». Il répondit : « J'ai fait cette vente sur le marché, et personne ne m'en a blâmé ». J'allai trouver El-Barâ-ben-'Âzib et l'interrogeai. Il me répondit : « Lorsque le Prophète vint à Médine, nous pratiquions cette vente ; et il a dit : « ce qui est de la main à la main, il n'y a pas de mal ; ce qui est à terme est usure ». Mais va trouver Zeïd-ben-Arqâm, car il en sait plus que moi. » J'y allai, et il me dit la même chose. »

Dans un autre récit, les deux personnages consultés se renvoient mutuellement Abou-Minhâl, chacun déclarant l'autre plus capable de répondre. Mais tous deux sont d'accord pour prohiber le change à terme et exiger la livraison réciproque immédiate.

Immédiate, soit ; mais jusqu'à quel point ? L'exécution doit-elle avoir lieu séance tenante et sans aucun inter-

valle ? C'est ce que décide la doctrine malekite, qui n'admet aucun retard et condamne toute livraison tardive, même lorsque les contractants ne se sont pas séparés depuis la convention. Cette dernière circonstance est la seule exigée par les autres rites, moins rigoristes. En-Nawawi dit même que le change peut s'effectuer plusieurs jours après avoir été conclu entre les parties, pourvu que celles-ci soient demeurées ensemble pendant le temps qui s'est écoulé entre l'accord et sa réalisation.

2° Commerce des objets enrichis d'or ou d'argent.

C'est là un cas particulier de la vente des métaux précieux, et en général des matières usuraires, contre un prix de même nature, lorsqu'ils sont joints à d'autres choses, circonstance qui ne modifie pas les règles qui les régissent. En conséquence, pour assurer leur observation, il faudra, non pas vendre le tout en bloc pour un seul prix, mais mettre à part le métal précieux et le vendre séparément contre une quantité égale du même métal, tandis qu'on vendra l'autre matière pour un prix quelconque. Cette question est appelée par les jurisconsultes musulmans question du « modd de 'adjoua » (1), à cause de l'exemple classique sur lequel ils le discutent. Ils supposent qu'un modd de 'adjoua et un dirhem ont

(1) Le modd est une mesure comparable au boisseau, et les 'adjoua une espèce de dattes.

été vendus ensemble pour deux dirhems (ou deux modd, puisque les dattes sont aussi une chose usuraire). Une telle vente n'est pas valable dans l'opinion des docteurs malekites, chafeïtes et hanbalites, qui veulent que l'on isole toujours la chose usuraire pour la vendre à égalité, quelle que soit la proportion qu'elle représente ; tandis que les Hanéfites distinguent suivant que le prix est supérieur ou non à la quantité de matière usuraire semblable comprise dans la vente, et valident l'opération dans le premier cas, en la considérant comme double et en la décomposant en deux ventes distinctes, celle de la matière usuraire contre une égale quantité de matière semblable, et celle de l'autre chose contre l'excédent du prix. Ainsi, contrairement aux trois autres rites, ils admettent que le modd et le dirhem soient vendus pour deux dirhems, dont l'un formera l'équivalent du dirhem vendu et l'autre le prix du modd ; ou qu'un objet orné d'oren quantité égale à deux dinârs se vende trois dinârs ou davantage, le prix comprenant une quantité d'or égale à celle que contient l'objet vendu, et un surplus destiné à payer le reste de cet objet.

Pour les choses où il n'entre que peu de métal précieux, à titre d'accessoire, Mâlek tolère leur vente contre un prix en ce même métal, sans qu'on sépare l'or ou l'argent des autres matières. Il faut pour cela qu'il n'y en ait pas plus d'un tiers ; on discute si c'est un tiers de la valeur totale, ou un tiers du prix.

Enfin, En-Nawawi signale, en la repoussant, l'opinion, évidemment opposée aux principes, de Hammâd, qui autorise absolument et sans réserve ce genre de contrats, et celle d'un autre écrivain, qui soutient que la prohibition s'applique seulement au butin. C'est tirer une conclusion quelque peu téméraire de ce fait, que dans les exemples fournis par les hadîts il s'agit de la vente d'objets précieux pris sur l'ennemi. On ne voit pas la raison pour laquelle des objets de provenance différente seraient soustraits à l'application de la règle, qui est formulée de la façon la plus générale. Les hadîts en question sont rapportés par Moslim d'après Fadhâlaben-'Obaïd :

— « On apporta à l'Envoyé de Dieu, alors qu'il était à Khaïbar, des colliers où il y avait des verroteries et de l'or, qui provenaient du butin, afin qu'ils fussent vendus. L'Envoyé de Dieu ordonna que l'or qui se trouvait dans ces colliers fût isolé ; puis il dit : « L'or contre l'or, poids contre poids. »

— « J'achetai le jour de Khaïbar, pour douze dinârs, un collier fait de verroterie et d'or ; et, l'ayant démonté, j'y trouvai plus que douze dinârs (en or). J'en fis part au Prophète, et il me dit : « Qu'il ne soit pas vendu sinon démonté. »

— « Nous étions avec l'Envoyé de Dieu le jour de Khaïbar, et nous vendions aux juifs des « waqiya » (1) d'or pour deux ou trois dinârs. Le Prophète dit : « Ne vendez l'or contre l'or que poids contre poids. »

Sur ce dernier récit, En-Nawawi observe qu'il s'agit, comme dans les précédents, d'or mêlé à autre chose,

(1) Waqiya, poids égal au douzième du ratl, valant environ 40 dirhems.

parce que, s'il en était autrement, jamais on n'aurait vendu la « waqiya » au prix indiqué.

Enfin un dernier hadîts, très analogue, met en scène le même Fadhâla, mais il est attribué à Hanach :

« Nous étions en expédition avec Fadhâla, et il échut à moi et à mes compagnons un collier où il y avait de l'or, de l'argent et des perles. Je voulus l'acheter, et j'interrogeai Fadhâla ben-'Obaïd, qui me dit : « Otes-en l'or, mets-le dans la balance, et mets ton or dans la balance ; et ne prends que pareil contre pareil, car j'ai entendu le Prophète dire : « Celui qui croit en Dieu et au jugement dernier, qu'il ne prenne que pareil contre pareil. »

Ces quatre exemples établissent de la façon la plus nette les règles à suivre pour la vente d'or ou d'argent mêlé à d'autres matières contre un prix de même métal. Il va sans dire que si le prix est de métal différent (un sabre enrichi d'or contre de l'argent, une étoffe brodée d'argent pour de l'or), la vente est valable à la seule condition d'être faite au comptant : on a alors affaire à un véritable change.

Si un objet est orné à la fois d'or et d'argent, le prix ne pourra consister exclusivement dans l'un des deux métaux ; chacun devra être isolé et vendu pour son poids de métal semblable, ou bien la chose sera vendue pour d'autres matières au gré des parties.

3^o Vente d'un esclave et de son pécule.

Cette vente occasionne des discussions qui sont connexes à celles que nous venons d'étudier à propos de la vente des métaux précieux joints à une autre chose.

On sait que les accessoires et produits de la chose vendue ne le sont pas de plein droit avec elle, mais restent, sauf clause contraire, la propriété du vendeur (récolte d'une terre ensemencée, d'un arbre fécondé, rejeton d'une femelle grosse). Il en est de même pour le pécule de l'esclave (1), qui du reste n'en est qu'une dépendance accidentelle et ne saurait lui appartenir, puisque l'esclave est juridiquement une chose, et par conséquent ne peut rien posséder, pas même le vêtement qu'il porte. Il faut donc qu'il fasse l'objet d'une stipulation particulière pour être acquis par l'acheteur ; telle est la stricte conséquence des principes, et c'est la plus sûre doctrine chaféite. Mais des atténuations y ont été apportées ; certains auteurs voudraient même en faire table rase, et comprennent *ipso facto* le vêtement dans la vente de l'esclave. D'autres, n'osant aller aussi loin, n'y font entrer que le vêtement indispensable exigé par les convenances. Enfin, partant d'un point de vue un peu différent, les Malekites estiment que l'esclave est acquis avec

(1) Irrigation, ch. XVII : « ... et celui qui vend un esclave ayant un pécule conserve la propriété de ce pécule, sauf clause contraire. »

son costume de travail, et les Hanbalites avec son costume habituel.

Mais les autres biens, ceux qui constituent le pécule proprement dit et qui restent en dehors de la vente, peuvent-ils être joints à l'esclave en tout ou en partie par une clause expresse en faveur de l'acheteur ? Il y aurait alors vente de deux choses distinctes pour un seul prix, ce qui est licite ; mais si le prix et le pécule consistent tous deux en or ou en argent, certaines conditions sont nécessaires. Si l'un consiste en dinârs et l'autre en dirhems, la vente ne pourra se faire à terme ; si l'un et l'autre consistent soit en dinârs, soit en dirhems, les Malekites regardent une partie du prix, jusqu'à concurrence du pécule, comme correspondant à celui-ci, et valident le contrat. Mais les Hanéfites et les Chaféïtes, également fidèles à leur solution du modd de 'adjoua, le considèrent comme usuraire et l'interdisent.

Ces divergences sont indiquées par El-Qastallâni, qui se demande ensuite si le pécule, lorsqu'on en admet la vente, doit être déterminé ou peut être incertain. Cette dernière opinion est celle de Mâlek ; Ibn-Hanbal distingue entre deux hypothèses : ou l'esclave a été mis par son maître en possession du pécule, et alors le montant de ce pécule peut rester inconnu ; ou il n'a pas été mis en possession, et alors la fixation de la somme est nécessaire, et toutes les règles de la vente sont appliquées, à moins que le but principal de l'acheteur ne soit d'acquê-

rir l'esclave et non le pécule, auquel cas il ne le stipulera point.

Les Hanéfites et les Chafeïtes exigent dans tous les cas que le pécule soit fixé.

4° Commerce des comestibles.

Le commerce des comestibles est régi par les mêmes règles que celui des métaux, puisque le Prophète les a réunis dans ses prescriptions. On ne peut donc échanger froment contre froment, orge contre orge, dattes contre dattes et sel contre sel qu'à égalité et de la main à la main ; et l'on ne peut échanger que de la main à la main l'une de ces espèces contre une autre.

Nous avons vu précédemment (1) que la majorité des auteurs considère ces quatre espèces comme des spécimens, soit de choses qui se mesurent, soit de denrées alimentaires, et particulièrement de comestibles essentiels et conservables. Les partisans de ce dernier criterium rangent sous chacune des espèces citées les aliments qui présentent avec elle une analogie : le sel est une étiquette destinée à comprendre tous les condiments, tout ce qui sert à assaisonner et à améliorer la nourriture ; les dattes sont un échantillon de ce qui se mange en plus du pain, et notamment des fruits, comme le

(1) Cf. pages 30 et suiv.

raisin et les figues ; enfin le froment et l'orge servent à désigner tout ce qui forme l'alimentation primordiale, tout ce qui restaure les forces de l'homme, en particulier les céréales d'où l'on tire la farine et autres substances nutritives. Leur réunion et leur similitude ont fait douter qu'ils constituassent deux espèces différentes, deux « çanf » ou deux « djins » distincts. S'ils n'en formaient qu'un, leur échange devrait avoir lieu, non seulement au comptant, mais encore à égalité. C'est ce que paraît croire Mo'ammâr-ben-'Abd-Allah, dont Moslim nous transmet le récit suivant :

« J'envoyai un de mes esclaves avec un çâ' de blé en lui disant : « Vends-le et achètes-en de l'orge. » L'esclave s'en alla et prit un çâ' (d'orge), plus un excédent d'une partie de çâ'. Et quand il revint vers moi, il m'en informa. Je lui dis : « As-tu agi ainsi ? Va et rends-le, et ne prends que pareil contre pareil, car j'ai entendu l'Envoyé de Dieu dire : « Comestible contre comestible, pareil contre pareil ». Et Mo'ammâr ajouta : « Et notre nourriture consistait alors en orge ». On lui dit : « Mais ce n'était pas une chose semblable (de même espèce) ». Il répondit : « Je crains que cela ne se ressemble ».

Partageant cette manière de voir, les Malekites, l'école de Médine et celle des vieux Syriens, nous apprend En-Nawawi, professent que le blé et l'orge ne font qu'une seule et même espèce et ne peuvent être vendus l'un contre l'autre inégalement. Mais la doctrine générale, hanéfite et chafeïte, est contraire et permet l'inéga-

lité, car il s'agit bien de deux espèces différentes de comestibles. Mo'ammâr ne prouve pas, et ne prétend même pas le contraire : il est incertain, et s'abstient par scrupule de faire une chose qui est peut-être défendue ; mais il n'affirme point qu'elle le soit. Or, il n'eût point hésité à la faire, s'il eût connu un *hadîts* qui tranche la question d'une manière décisive, et qu'En-Nawawî signale comme rapporté par Abou-Dâoud et En-Nasâî à l'occasion d'un récit de 'Obâda-ben-Es-Sâmit. Le Prophète aurait dit : « Il n'y a pas de mal à vendre blé contre orge, l'orge étant en plus grande quantité, (pourvu que ce soit) de la main à la main. » Reste à savoir si ces paroles doivent être considérées comme authentiques ; quoi qu'il en soit, les Malekites sont d'un avis opposé à celui qu'elles commandent ; mais tous les autres musulmans regardent le froment et l'orge comme deux espèces distinctes.

Une discussion analogue s'est produite au sujet du mil, du maïs et du riz, qui sont aussi considérés généralement comme autant d'espèces, bien que certains jurisconsultes aient cru devoir les grouper en une seule, et par suite traiter leur échange comme celui de blé contre blé ou de dattes contre dattes.

Dans ce dernier cas, c'est-à-dire si l'on vend une chose pour une autre chose de même espèce, il en est pour les comestibles comme pour les métaux ; ce doit être à égalité et de la main à la main. Ces conditions

sont indiquées nettement dans les deux « Çahîh », notamment dans El-Bokhâri (Ventes, chap. XX, LIV, LXXIV, LXXVI, LXXXIX ; Mandat, ch. III et XI, etc.).

De ces textes, les uns exigent le : « Tiens ! » et : « Tiens ! » ; les autres, relatifs à l'égalité, sont plus intéressants, parce qu'ils concernent la condition spéciale à notre hypothèse, et parce qu'ils donnent sur la manière dont elle doit être remplie des aperçus caractéristiques. Il en résulte, en effet, que l'excédent en quantité ne peut être compensé par l'infériorité de la qualité.

C'est ainsi que, d'après Abou-Sa'id, le Prophète défendit de vendre des dattes djam' (c'est-à-dire mélangées, dont les unes étaient moins bonnes que les autres) à raison de deux mesures contre une mesure (d'autres dattes, de meilleure qualité), et dit : « Ne vendez pas une mesure contre deux mesures, ni un dirhem contre deux dirhems ». Ce qui importe, c'est donc d'échanger un çâ' pour un çâ', un modd pour un modd, même si en fait ils ne sont pas équivalents ; il n'y aura donc pas d'usure, si l'on vend un çâ' de la ville contre un çâ' de la campagne, qui n'a pas tout à fait la même contenance.

Deux autres hadîts sont encore à citer à propos de la même matière. Tous deux relatent des épisodes presque identiques :

« D'après Abou-Horaïra, l'Envoyé de Dieu avait installé un agent à Khaïbar. Cet agent ayant apporté des dattes de l'es-

pèce dite djanib, l'Envoyé de Dieu lui demanda si toutes les dattes à Khaïbar étaient de cette qualité. « Non, par Dieu, ô Envoyé de Dieu, répondit-il ; pour une mesure de celles-ci nous donnons deux mesures (de qualité inférieure), et pour deux mesures nous en donnons trois. » — « Ne le fais plus, répondit l'Envoyé de Dieu ; vends les autres dattes contre de l'argent, puis achète des djanib moyennant de l'argent. »

« D'après Abou-Sa'ïd-el Khodri, Bilâl ayant apporté au Prophète des dattes de l'espèce dite berni, celui-ci lui demanda d'où provenaient ces dattes. Bilâl répondit : « J'avais des dattes de mauvaise qualité et je les ai vendues en en donnant deux çâ' pour un çâ' de berni destinées à nourrir le Prophète ». Celui-ci s'écria alors : « Pouah ! pouah ! ceci est l'usure même ; ceci est l'usure même ! N'agis plus ainsi, et si tu veux acheter (des berni), vends les dattes (inférieures) contre autre chose, et achète ensuite (des berni). »

Une version du premier de ces hadîts ajoute que le Prophète dit aussi : « Et de même pour la vente au poids ». Il est donc interdit, lorsqu'on vend un poids donné, de recevoir en échange un poids plus considérable ; il faut échanger ratl pour ratl aussi strictement que çâ' pour çâ', ou recourir, selon le procédé conseillé par le Prophète tant à l'agent de Khaïbar qu'à Bilâl, à deux opérations successives, vente et achat, avec une marchandise intermédiaire qui joue le rôle de prix dans les deux contrats.

Ce procédé a inspiré aux praticiens des combinaisons qui ressemblent fort à des stratagèmes destinés à tourner la loi, et que le Prophète n'eût peut-être pas approuvées. Elles ne sont d'ailleurs tenues pour licites que par les Chaféïtes, et selon En-Nawawi par les Hanéfites.

Toutes aboutissent à échanger, d'une façon plus ou moins indirecte et dissimulée, une chose usuraire contre une chose de même espèce à quantité inégale, et par conséquent à désobéir aux préceptes des hadîts.

Ceux qui les admettent se fondent sur ceci, que le Prophète, en conseillant de vendre les dattes mauvaises contre autre chose, puis d'acheter des dattes meilleures avec cette autre chose, n'a pas précisé si les deux contrats successifs avaient lieu avec la même personne. On en conclut que la chose est permise, et on autorise le possesseur de dattes, par exemple, à en vendre un câ' pour un prix consistant en un objet mobilier quelconque, puis à en racheter deux câ', moyennant le même prix, à son acheteur ; ou à prêter un câ' et à s'en faire prêter deux, puis à consentir et à accepter la remise des dettes qui en résultent ; ou à donner un câ' et à s'en faire donner deux, soi-disant à titre gratuit ; ou à acheter un câ' pour un câ', et à en recevoir un second comme donation.

Les Malekites et les Hanbalites infèrent de la même circonstance, à savoir le silence gardé par le Prophète sur l'identité de l'individu avec lequel on contracte, que les deux opérations ne peuvent être faites avec une seule personne ; pour qu'il en fût ainsi, disent-ils, il faudrait que le Prophète eût dit : « Vendez à quelqu'un, puis achetez-*lui*. » D'ailleurs, à leurs yeux, les combinaisons en question sont des actes simulatoires qui ne sauraient

être valables. Ils pourraient l'être, si les parties n'étaient d'accord, lors du premier contrat, de procéder ensuite au second ; mais, cette intention existant chez eux, l'opération est aussi inadmissible que le serait un mariage avec stipulation de divorce. La tolérance des Chafeïtes et des Hanéfites à l'endroit de ces subterfuges est d'autant plus surprenante que la loi qu'on élude en les employant est plus nette et plus rigoureuse : car l'égalité est à tel point requise dans ces échanges, que nous verrons prohiber la vente de dattes fraîches contre des dattes sèches, même à quantité égale. (1) Avant de nous occuper de cette prohibition, qui est liée à un système de précautions contre l'aléa, nous devons signaler que la vente d'un « djins » contre un autre, en fait d'aliments comme en fait de métaux précieux, n'est assujettie qu'à l'exigence du : « Tiens ! » et : « Tiens ! ». Mais, tandis que pour le change nous avons rencontré des hadïts à signaler, aucun récit relatif, par exemple, à l'échange de dattes contre orge ou de froment contre sel ne vient retenir notre attention.

Au contraire, les opérations aléatoires possibles en matière de comestibles font l'objet de toute une série de dispositions dont le but est de prévenir le dommage que peut causer à la collectivité la spéculation sur les vivres, ou à l'individu l'achat prématuré de fruits ou de grains dont l'arrivée à maturité n'est pas certaine.

(1) Voyez page 96. — Il est vrai que les Hanéfites n'admettent pas cette interdiction.

**IV. — Vente d'une chose
avant d'en avoir reçu livraison.**

C'est à propos des comestibles que l'interdiction de cette opération a été formulée, parce que c'est surtout sur eux qu'elle se pratiquait ; mais il est également illícite de vendre n'importe quelle chose dans ces conditions, et les traditionnistes l'indiquent expressément, si le Prophète lui-même ne l'a pas fait.

La raison de cette interdiction est exposée dans El-Bokhâri, dont les textes sur la question sont les passages suivants du titre des ventes :

Chap. XLIX, hadîts 6. —

« Suivant Ibn-'Omar, du temps du Prophète, on achetait des comestibles aux caravanes en marche. Le Prophète manda que l'on s'abstînt de les vendre là où on les avait achetés, (mais qu'on attendît) jusqu'à ce qu'ils eussent été transportés là où se vendaient les comestibles. » Ibn-'Omar a dit encore : « Le Prophète a interdit de vendre des comestibles que l'on a achetés, tant qu'on n'en a pas reçu livraison. »

Chap. LIV. — Il porte pour titre : « De ce qui a été mentionné au sujet de la vente des comestibles et de l'accaparement », et contient en première ligne les trois hadîts suivants :

« 'Abdallah-ben-'Omar a dit : J'ai vu ceux qui achetaient des comestibles en bloc au temps de l'Envoyé de Dieu répugner à vendre ces comestibles avant de les avoir transportés à leur demeure. »

« Ibn-'Abbâs rapporte que le Prophète a défendu à tout homme de vendre un comestible dont il n'avait pas reçu livraison.

Comme Tâoûs demandait à Ibn-'Abbâs pourquoi cela, Ibn-'Abbâs répondit : « C'est qu'on vend alors de l'argent pour de l'argent, le comestible étant livré en retard. »

Suivant Ibn-'Omar, le Prophète a dit : « Que celui qui a acheté des comestibles ne les vende pas avant d'en avoir reçu livraison. »

Chap. LV. —

« Ibn-'Abbâs a dit : « Quant à ce que le Prophète a prohibé, c'est, pour le comestible, qu'il soit vendu avant qu'on en ait reçu livraison. » Et Ibn-'Abbâs ajoute : « Et j'estime que pour toute chose il en doit être de même. »

A la suite, reproduction du hadîts 3 du précédent chapitre.

Chap. LVI. —

Reproduction du hadîts 1 du même chapitre.

Chap. LXXII. — Les deux hadîts qu'il contient, et qui ne sont que deux variantes d'un même récit, seront utilisés relativement à un autre point (1) ; mais leur citation à cette place est naturelle, car ils se rapportent au même objet que les précédents :

« 'Abdallah a dit : « Nous allions au-devant des caravanes pour leur acheter des comestibles. Le Prophète nous interdit de les revendre avant que l'on fût arrivé avec eux au marché

(1) Voyez page 84.

des comestibles. » El-Bokhâri ajoute : « Cela se passait dans le haut du marché, comme le prouve le hadîts de 'Obaïdallah. »

« 'Abdallah a dit : « On achetait des comestibles dans le haut du marché, et on les revendait sur place. L'Envoyé de Dieu défendit de revendre ces comestibles sur place, (mais ordonna d'attendre) jusqu'à ce qu'on les eût transportés. »

Ces textes dépeignent avec une clarté parfaite l'opération dont il s'agit : on allait au-devant des caravanes (usage dont nous aurons à examiner prochainement s'il est licite et dans quelles conditions), et on leur achetait des marchandises avant qu'elles ne fussent déchargées et étalées sur le marché ; puis, également avant l'arrêt de la caravane, on revendait ce qu'on venait d'acheter, et dont on n'avait pas encore pris livraison. Il y a là, évidemment, vente d'une chose inconnue, par suite contrat aléatoire ; et, comme le remarque très justement Ibn-'Abbâs, cela équivaut à vendre argent contre argent, le prix de l'achat contre celui de la vente, la livraison de la marchandise étant ajournée ; de sorte qu'il peut y avoir accroissement usuraire et qu'il y a sûrement délai usuraire, et cela qu'il s'agisse de comestibles ou de toute autre marchandise, selon l'observation également judicieuse du même râwi. Tandis que si l'on attend, conformément à l'ordre du Prophète, d'être arrivé au marché, ou même d'avoir transporté chez soi la marchandise achetée, en un mot d'en avoir reçu livraison, on pourra la revendre librement, puisqu'on peut la livrer à son

tour ; il n'y aura plus d'usure, puisqu'on ne vendra plus argent contre argent, présent contre absent ; il n'y aura plus d'aléa, puisque l'acheteur sera à même de bien connaître la chose avant de conclure le marché.

C'est plutôt au premier achat, à celui effectué pendant que la caravane était encore en marche, que l'on pourrait reprocher de ne pas offrir toutes les garanties désirables dans l'intérêt des deux parties ; aussi ces opérations ont-elles été, sinon absolument interdites, du moins étroitement réglementées, comme nous allons le voir.

V. — Défense d'aller au-devant des caravanes.

Cette défense est formulée de la façon la plus absolue aux chapitres LXIV, LXVIII et LXXI du titre des Ventes et au chapitre XIV du Salariat, d'après 'Abdallah-ben-Mas'oud, Abou-Horaïra, Ibn-'Abbâs et Ibn-'Omar. Ce dernier ajoute qu'il faut attendre le déchargement des marchandises sur le marché. La rubrique du chapitre LXXI porte en outre ces mots : « La vente ainsi faite est nulle, car celui qui la conclut est un rebelle et un pécheur, s'il connaît la loi. C'est là une fraude dans la vente, et la fraude n'est point licite. »

Nous allons rechercher le but de cette disposition, délimiter son domaine et préciser les effets qu'elle y produit.

Tout d'abord, il importe de remarquer que la prohibi-

tion n'est pas absolue, comme il semblerait résulter des hadîts qui la contiennent : rappelons-nous les chapitres XLIX et LXXII, cités plus haut (p. 80 et 81), et dans lesquels on voit que le Prophète interdit de revendre avant d'en avoir reçu livraison les comestibles achetés précisément à une caravane en marche, au-devant de laquelle on s'était porté. S'il était toujours défendu de le faire, on ne conçoit pas comment le Prophète aurait eu besoin de prohiber la revente, alors que l'achat qui la précède serait déjà illicite ; pour qu'on songe à empêcher un acte né d'un autre, il faut qu'on admette celui-ci comme possible et comme valable. Comment donc expliquer que le Prophète tolère ici ce qu'il condamne là ?

On pourrait supposer que les hadîts des chapitres XLIX et LXXII sont antérieurs aux autres et datent d'une époque où la défense d'aller au-devant des caravanes n'existait pas encore. Il y aurait eu, dans ce cas, deux étapes successives : le Prophète aurait d'abord interdit la revente sur place des choses achetées dans ces conditions ; puis, jugeant que l'achat lui-même était aléatoire et répréhensible, il aurait complètement défendu d'acquiescer de cette façon.

Mais telle n'est pas l'opinion des commentateurs, dont le point de vue est logique plus qu'historique, et qui, sans doute à bon droit, préfèrent supposer une exception à une évolution. Ils sont d'accord pour reconnaître que l'on peut quelquefois aller au-devant d'une caravane

et lui acheter, puisque la loi prévoit cette hypothèse et en régleme les conséquences ; mais quand est-ce permis ? Tout dépend du but que le Prophète avait en vue en le défendant ; et c'est ce but que chacun a cherché à déterminer d'après les traditions et les renseignements qu'il a pu recueillir.

Sous le chapitre XLIX, El-Qastallâni indique comme motif de la prohibition la crainte qu'il ne résulte du marché conclu avec les gens de la caravane en cours de route un dommage pour d'autres quant au prix. Ces « autres », d'après la phrase suivante et d'après une opinion hanéfite exposée par le commentateur sous le chapitre LXXI, sont les gens de la ville, ceux qui vendent sur le marché, nous dirions les commerçants de la place. En effet, si la caravane vend à un prix moindre, toute la population désertera leurs comptoirs pour courir au-devant d'elle, et il en résultera un préjudice notable pour eux. On en a conclu que, lorsque ce préjudice n'est pas à redouter, le fait d'aller au-devant des marchandises et de les acheter avant leur arrivée est autorisé ; ce serait un cas de ce genre dont il est fait mention au chapitre LXXII.

Mais n'y a-t-il pas un autre danger, et qui menace non plus les marchands de la localité, mais les gens de la caravane eux-mêmes ? Les chapitres LXIV, LXXI et LXXII, ou du moins leur commentaire, le signalent à plusieurs reprises. Il consiste en ce que les « rikbân » (c'est ainsi qu'on désigne les membres de la caravane en

marche, parce qu'ils sont habituellement montés sur des chevaux, des mulets ou des chameaux), ne connaissant pas le cours des marchandises dans le pays, peuvent être dupés par ceux qui viennent au-devant d'eux, et qui leur diront un prix inférieur pour faire des achats avantageux en profitant de leur ignorance. Il y a là une fraude manifeste, que le Prophète aurait voulu empêcher, d'après un grand nombre de jurisconsultes, en interdisant d'aller au-devant des caravanes.

Or, ce danger cesse dès que celles-ci ont pénétré dans la ville, avant même qu'elles soient parvenues au marché. En effet, à partir de ce moment, il est possible à ceux qui les composent de se renseigner sur les prix locaux, et de contrôler les dires de leurs acheteurs en consultant d'autres habitants : si donc ils sont lésés, ce sera leur propre faute, et ils n'ont plus besoin d'être protégés. Donc, disent les auteurs, il est défendu d'aller acheter à une caravane tant qu'elle est encore en dehors de la place ; mais, une fois qu'elle est à l'intérieur de la ville, on peut quitter le marché et aller conclure des affaires avec ses membres avant qu'ils soient arrivés au soûq, c'est-à-dire à l'endroit où se tiennent habituellement les foires. Les épisodes racontés au chap. LXXII seraient donc des cas où l'on avait acheté à des caravanes déjà entrées dans la ville, et pas encore parvenues au lieu habituel des transactions.

Cette explication très vraisemblable est fortement cor-

roborée par les termes mêmes du récit, où 'Abdallah indique que la vente avait lieu « dans le haut du marché », circonstance qu'El-Bokhâri tient à mentionner dans le premier des deux hadîts, où elle ne figure pas de la bouche même du narrateur. L'expression en elle-même n'est pas d'une clarté parfaite ; mais on l'interprète en lui attribuant précisément le sens de : dans la partie haute de la ville, avant de parvenir au marché, et pendant le parcours que l'on faisait à travers la ville pour aller au marché.

Telle est notamment la conviction des Chafeïtes. Les Malekites se demandent jusqu'à quelle distance on peut aller au-devant de la caravane ; ceci peut sembler déconcertant au premier abord, mais il faut se rappeler que le mot « bled » signifie à la fois ville et pays, région, contrée, et que beaucoup de foires arabes se tenaient et se tiennent encore ailleurs que dans des villes, dans des lieux ordinairement inhabités, mais où l'on se réunit à des intervalles plus ou moins réguliers afin de traiter des affaires, et où l'on apporte souvent des marchandises de fort loin. Si l'on applique à cette hypothèse le critérium proposé plus haut, en donnant au mot « bled » sa seconde acception, on arrive à permettre l'achat lorsque la caravane est entrée dans la région, dans le territoire voisin du « soûq ». Et alors la question de savoir à quelle distance elle sera censée avoir pénétré dans le pays se pose tout naturellement. Elle n'est pas résolue à l'unani-

mité ; les uns permettent d'aller au-devant des caravanes jusqu'à un mille, les autres à un parasange ; certains vont jusqu'à admettre une distance de deux journées de voyage, ce qui paraît quelque peu exagéré.

Si un voyageur rencontre sur son chemin un convoi de marchandises qui se rend à une ville, et cela à une certaine distance de cette ville, il peut en acheter à condition que sa demeure en soit éloignée d'au moins six milles ; et cela ne lui est permis que s'il en a besoin pour son usage personnel, non s'il le fait dans l'intention d'en trafiquer et d'en tirer profit.

Les contrats passés dans les conditions prohibées, c'est-à-dire à l'extérieur de la ville ou à une distance trop grande du lieu de la foire, si elle se tient en plein champ, sont-ils annulés ou subsistent-ils ? Sont-ce des actes sans aucune validité, ou simplement des actes blâmables ? La rubrique du chap. LXXI, qui les qualifie en somme de frauduleux, semble favorable à la première opinion, qu'El-Bokhâri semble bien admettre, mais que d'autres ne croient pas pouvoir en déduire. Ils répondent aux partisans de la nullité que la fraude n'implique pas nécessairement cette solution, et proposent comme exemple le cas de la « tegriya » (1), où l'on accorde seulement le droit d'option à l'acheteur. S'inspirant de cet exemple, En-Nawawi estime que les gens de la cara-

(1) Voir, sur ce sujet, page 144.

vane, en l'espèce les vendeurs, ont le droit d'option, et qu'ils peuvent résilier la vente une fois arrivés au marché et mis au courant des prix ; ils le peuvent toujours et quel qu'ait été le prix, dit une opinion ; suivant une autre, cette faculté ne leur est accordée que si le prix a été inférieur à celui qu'ils constatent sur la place, et qu'ils ignoraient au moment du contrat ; car, s'ils ont vendu à vil prix en connaissance de cause, il est inutile de les protéger, parce qu'ils n'ont pas été dupés.

Si, au lieu de vendre, ils ont acheté à ceux qui sont venus au-devant d'eux, et qui ont pu leur vendre trop cher, l'opération est assimilée à l'hypothèse inverse, et considérée par les uns comme radicalement nulle, par les autres comme rescindable au gré de la partie lésée.

VI. — Courtage du citadin pour le Bédouin.

« Que le citadin ne vende pas pour le Bédouin ». Cette prescription, presque toujours jointe à celle relative aux caravanes, figure dans les chap. LVIII, LXIV, et LXVIII à LXX du titre des Ventes ; XIV du titre du Salarial ; VIII et XI des Stipulations, dans El-Bokhâri. Elle est également consignée dans Moslim.

L'hypothèse envisagée est celle-ci : un Bédouin apporte à la ville des denrées pour les vendre, et un citadin lui dit : « Laisse-les chez moi, et je te les vendrai plus cher. » Cet arrangement ne se fera ordinairement pas sans que

le citadin s'attribue une commission sur la vente, et c'est ce qui est prohibé, d'après les chap. LXVIII et LXIX. Le premier est intitulé : « Un citadin peut-il vendre pour un Bédouin sans recevoir de salaire, et doit-il lui venir en aide et le conseiller ? », puis relate la parole du Prophète : « Quand l'un de vous demande conseil à son frère, celui-ci doit le conseiller », et la décision d'Atâ, qui admet cette vente par tolérance. Il contient deux hadîts, l'un relatif à ce devoir de conseiller les musulmans, et l'autre mentionnant, à la suite de la prohibition : « Que le citadin ne vende pas pour le Bédouin », l'explication qu'en fournit Ibn-'Abbâs en ces termes : « Qu'il ne lui serve pas de courtier ». Quant au second, il a pour titre : « De celui qui réproouve que le citadin, moyennant salaire, vende pour le Bédouin. »

L'opération visée a ceci de répréhensible, que la commission entraîne nécessairement une majoration du prix ; et alors, la différence entre ce prix fort et celui qu'eût demandé le Bédouin est en quelque sorte un accroissement usuraire au préjudice de l'acheteur. Si la denrée dont il s'agit est rare ou très nécessaire, le fait devient encore plus grave et ressemble à un accaparement.

Les Malekites interprètent la défense comme absolue et annulent tout marché fait par un citadin pour le compte d'un Arabe nomade. Les Hanéfites restreignent cette solution aux temps de disette, à cause du dommage qui en résulte alors pour la population. Les Chafeïtes disent

qu'il doit s'agir d'une denrée dont on a un grand besoin, et que le citadin doit se proposer comme courtier. Les Hanbalites n'interdisent que les opérations réunissant les conditions suivantes : il faut que le Bédouin soit venu en ville avec le dessein de vendre au cours du jour, qu'il l'ignore, que le citadin lui offre ses services et que la marchandise soit de celles dont on a un besoin général.

VII. — Ventes aléatoires de fruits et de grains.

Le Prophète a interdit de vendre les fruits tant qu'ils ne sont pas arrivés à un degré de maturité suffisant pour être mangés ou utilisés. La raison en est que l'on ne peut exactement déterminer leur quantité, et qu'ils peuvent être atteints d'une maladie ou d'un fléau qui les empêche, en totalité ou en partie, de parvenir à maturité ; et, dans ce cas, l'acheteur paye tout ou partie du prix en pure perte, sans recevoir de compensation, ce qui constitue un lucre illicite pour le vendeur.

Les traditions relatives à cette interdiction sont citées par El-Bokhâri aux titres des Ventes, chap. LXXXII-III, LXXXV-VII, XCIII, et de l'Irrigation, chap. XVII. Les deux derniers du premier titre relatent le motif de la prohibition, que le Prophète, sur une interrogation qui lui est adressée, exprime en disant : « Ne vois-tu pas que si Dieu empêchait ensuite ces fruits d'arriver à maturité, tu te serais approprié injustement le bien de ton frère ? »

Et la rubrique du chap. LXXXV contient le récit suivant de El-Leïts d'après Zeïd-ben-Tsâbit :

« Du temps du Prophète, quand on achetait des fruits et que le moment de les cueillir arrivait, l'acheteur disait (parfois) : « Les fruits ont été atteints par le domân, le morâd ou le gochâm » (1), et il faisait argument de ces fléaux. Alors l'Envoyé de Dieu, voyant les nombreuses contestations qui naissaient à cette occasion, dit : « Si vous ne renoncez pas à cette opération, ne vendez pas les fruits avant qu'ils aient commencé à être utilisables. » C'était une sorte de conseil qu'il leur donnait ainsi. Khâridja-ben-Zeïd-ben-Tsâbit m'a raconté que son père ne vendait jamais ses fruits avant le lever des Pléiades, car à ce moment on voit apparaître la couleur rouge qui succède à la couleur jaune. »

Ces derniers mots se rapportent évidemment à la maturité des dattes, qui sont le fruit le plus commun et le plus utile en pays musulman. Du reste, dans plusieurs hadîts (chap. LXXXV à XCIII), le Prophète leur consacre une mention spéciale et défend de les vendre avant qu'elles deviennent rouges et jaunes ; c'est du moins ce qui résulte de l'explication qu'il donne à ses interlocuteurs, qui n'avaient pas bien saisi le sens du mot dont il s'était servi d'abord, mot en effet très peu usité.

En somme, ce qui est défendu, c'est de vendre les fruits verts, ce qu'exprime bien le terme de « mokhâdhara », employé au chap. XCIII pour désigner ces ven-

(1) V. Houdas et Marçais, *Trad. Isl.*, II, p. 42, où les trois accidents en question sont définis : dessiccation de la fleur, dessiccation du fruit et chute prématurée.

tes. Ce même terme s'applique, d'après le commentaire, à la vente des grains non formés et des légumes sans convention de les couper ou de les arracher, lorsqu'on ne vend pas en même temps le fonds où ils croissent ; en ce dernier cas, ils sont vendus avec lui et accessoirement. De même, les fruits verts peuvent être vendus avec l'arbre qui les porte. Mais ni les uns ni les autres ne peuvent l'être isolément, à moins que l'on ne stipule qu'ils seront cueillis, coupés ou arrachés immédiatement ; car alors on les vend tels qu'ils sont, on les livre aussitôt et il n'y a plus rien d'aléatoire dans l'opération. Elle peut à la vérité sembler singulière, car on ne voit pas bien quel est le but de celui qui achète ainsi des choses inutilisables ; aussi El-Qastallâni, renonçant à l'expliquer, se contente de dire : « Tout cela est difficile et compliqué. » Il signale ensuite un autre marché aussi bizarre : c'est l'achat des légumes cachés sous terre, comme les carottes, l'ail, les oignons ou les radis. On se demande pourquoi les acheter sans les déterrer, alors que ce serait si facile, à moins que ce ne soit pour créer exprès un aléa. Du reste, le commentateur nous déclare que cette opération est interdite ; seules, les feuilles apparentes de ces végétaux peuvent être vendues avant d'être coupées ; encore doit-on stipuler qu'elles le seront immédiatement.

Outre la « mokhâdhara », les mêmes textes, auxquels il faut ajouter les chap. LXXV et XCI, signalent comme

prohibées d'autres variétés de ventes, la « mohâqala » et la « mozâbana » ; enfin, Moslim joint à ces contrats celui qu'il appelle « mo'âwama ».

Les deux premiers concernent respectivement les grains et les fruits, dont nous venons de voir interdire la vente jusqu'à ce que leur maturité ait commencé ; à partir de ce moment, et pendant le temps qui le sépare de la récolte ou de la cueillette, ils peuvent être vendus, mais dans certaines conditions seulement. Le prix ne peut consister en produits de même espèce, cueillis ou récoltés ; ainsi, l'on ne peut vendre du blé sur pied contre du blé battu et vanné (mohâqala), ni des dattes dans l'arbre contre des dattes sèches, ou même fraîches, mais détachées du palmier (mozâbana). Les raisons de cette prohibition sont aisément imaginables, et le commentaire ne manque pas de les exposer : d'abord, les comestibles de même espèce doivent s'échanger à égale quantité, et cette égalité ne peut être assurée ; plus largement, c'est vendre une chose déterminée pour une chose indéterminée, puisque, si les grains récoltés et les fruits cueillis peuvent être mesurés exactement, il n'en est pas de même pour les autres, dont la quantité est incertaine. Elle l'est même d'autant plus, qu'entre le moment de la vente et l'époque de la parfaite maturité, des accidents peuvent survenir, qui empêcheront la récolte d'être aussi abondante qu'on la prévoyait. Contracter dans ces conditions, c'est donc se dire : S'il y a un excédent, j'en

profiterai ; s'il y a une différence, je la supporterai. C'est une opération aléatoire au premier chef.

L'exemple de « mozâbana » le plus fréquent dans les hadîts est la vente en bloc de dattes sur l'arbre contre des dattes sèches mesurées, ou de raisins dans la vigne contre des raisins secs mesurés (1).

D'après le chapitre LXXXIII, le Prophète aurait interdit de vendre les grains sur pied et les fruits sur l'arbre « contre autre chose que des dînârs ou des dirhems ». Est-ce à dire que le prix doive consister nécessairement en numéraire ? Il est présumable que non : le Prophète a dû prendre l'or et l'argent, qui jouent le rôle de monnaie dans les échanges, comme le type normal des choses pouvant constituer le prix, mais sans entendre exclure la possibilité de leur substituer autre chose. Son intention est uniquement d'éviter que les deux prestations soient de même nature ; en dehors de là, les parties sont entièrement libres. C'est ce que dit El-Qastallâni, pour qui le dînâr et le dirhem sont ici mentionnés comme étant le moyen d'échange habituel, mais non comme le seul possible dans le cas présent. Il admet que le prix peut consister en n'importe quel objet mobilier. En effet, le passage est à rapprocher de celui où le Prophète a dit à l'agent de Khaïbar : « Vends tes dattes pour de l'argent et achète des djanîb pour de l'argent », tandis qu'il a dit

(1) Nous verrons bientôt qu'il existe, précisément pour ce cas particulier, une curieuse exception à la disposition prohibitive (V. page 96).

à Bilâl dans une circonstance identique : « Vends tes dattes pour autre chose et achète ensuite des bernî » (1). Il est vraisemblable qu'ici comme là, l'interprétation ne doit pas être plus rigoureuse que la pensée même du Prophète, dont la différence d'expression dans deux cas similaires*montre bien qu'il ne faut pas attacher aux mots dont il s'est servi une importance excessive, ni en tirer des conclusions d'une logique trop serrée.

Il est tellement indispensable que le prix ne soit pas de même espèce que le comestible vendu, qu'après la récolte il est défendu de vendre les fruits frais contre des fruits secs de même espèce, fût-ce à quantité égale. En effet, l'égalité ne peut être établie d'une façon certaine et rigoureuse. Seuls, les Hanéfites tolèrent cette opération.

Enfin, sous le nom de mo'âwama, Moslim désigne la vente des fruits d'un arbre ou des récoltes d'une terre pour deux ou plusieurs années. Le caractère aléatoire de cette opération est manifeste, et son interdiction ne nécessite pas d'autre explication.

VIII. — Exception aux règles précédentes : l' 'ariya

D'après Zeïd-ben-Tsâbit, le Prophète a toléré la vente de fruits sur l'arbre contre des fruits secs à terre, mesurés tous deux (chap. LXXV); d'après le même râwi, il a

(1) Cf. p. 77.

toléré la vente des dattes sur l'arbre contre des dattes cueillies, fraîches ou sèches ; mais cette tolérance ne s'applique pas à d'autres fruits (chap. LXXXII).

Cette exception à une règle si nettement formulée demande quelque précision. Les chapitres LXXXIII et LXXXIV fournissent les éclaircissements voulus, et la matière est encore traitée au chapitre XVII du titre de l'Irrigation. Il s'agit de l' 'ariya ; ce nom s'applique à des arbres dont les fruits ont été donnés d'avance par le propriétaire. Ces arbres, au produit desquels il a renoncé, sont pour lui comme nus et dépouillés, d'où l'emploi de ce terme pour les désigner. Une autre étymologie est proposée par certains auteurs ; la racine ayant aussi le sens d'aller, de venir, ils ont dit que l' 'ariya était un arbre « vers lequel son possesseur se rendait ». — Peut-être est-ce une allusion au droit de passage du donataire des fruits sur la propriété du donateur. La même idée paraît avoir inspiré à Moûsâ sa définition des 'ariya : « Ce sont, dit-il, des palmiers connus, fixés, que l'on va acheter (là où ils sont). » Cela va de soi, puisque les fruits sont encore sur l'arbre. Les définitions des autres auteurs cités au chapitre LXXXIV sont plus satisfaisantes.

Mâlek dit : « Il y a 'ariya quand on fait don à une personne d'un palmier de son jardin (ce qui signifie : de la récolte de dattes qu'il porte). Si le donateur est gêné par les allées et venues du donataire, il peut lui acheter les fruits (sur l'arbre), moyennant des dattes cueillies. Ces dattes devront être mesu-

rées et non en bloc, d'après Ibn-Idrîs ; ce que confirme Sahlben-Hatsma, qui parle à ce sujet de « charges chargées ». — Ibn-Ishâq définit l' 'ariya la donation d'un ou deux palmiers. — Yézid dit : « Les 'ariya étaient des palmiers donnés à des indigents, qui, ne pouvant pas toujours attendre (la maturité complète), sont autorisés à vendre les fruits (sur l'arbre) pour la quantité de dattes cueillies qu'ils veulent. »

Ceci n'est pas absolument vrai : la quantité n'est pas librement fixée par le vendeur, mais doit être autant que possible égale à celle des fruits de l' 'ariya, qu'il faudra par conséquent évaluer. La vente n'est autorisée que contre un poids ou une mesure de dattes cueillies correspondant au poids ou à la mesure présumés des dattes sur l'arbre, dont on aura fait approximativement l'estimation. On cherche ainsi à atténuer le plus possible l'aléa. Aussi est-il défendu de procéder autrement : le prix ne pourrait consister en dattes non mesurées, prises en bloc, ni en dattes également sur l'arbre. En ce dernier cas, du reste, toute l'utilité de l'opération disparaît, et c'est seulement en raison de cette utilité qu'elle est tolérée. Le but est soit de protéger le donateur contre les désagréments que peuvent lui occasionner les allées et venues, dans son jardin, du bénéficiaire de l' 'ariya, dont le droit de passage est certain et consacré (Irrigation, chap. XVII), soit de procurer à ce bénéficiaire indigent des aliments avant la maturité encore éloignée des fruits de l'arbre qui lui a été donné. Si ces fruits sont vendus contre d'autres également verts, il ne pourra

pas davantage s'en nourrir, ou bien le donateur sera quand même obligé de subir son droit de passage, car ce droit aura seulement changé d'objet, puisqu'il portera sur un autre palmier, mais sur un palmier nécessairement situé dans la propriété du donateur comme le précédent.

La vente de l'*'ariya*, dans les conditions requises, est une dérogation au principe de l'égalité absolue dans les échanges de choses de même espèce, mais elle est regardée comme conforme au principe de la simultanéité des livraisons et comme faite de la main à la main. La tradition sera immédiate de part et d'autre ; seulement, pour l'*'ariya*, elle se fera par abandon et dessaisissement, tandis qu'elle aura lieu de façon normale pour les dattes cueillies, qui seront remises aussitôt.

Ces dattes, en effet, doivent, d'après plusieurs traditions, être consommées fraîches. On a voulu en conclure que ce ne pouvaient pas être des dattes sèches ; mais l'important est qu'elles soient cueillies et non qu'elles le soient depuis peu. Il faut comprendre ces mots : « Elles doivent être consommées fraîches, » dans le sens de : « Elles doivent l'être sans tarder. » Exigence qui ne saurait nous étonner, puisque l'opération n'est autorisée qu'exceptionnellement et pour assurer des subsistances immédiates à un individu sans ressources. Si donc il ne les mange pas aussitôt, c'est qu'il avait d'autres provisions et pouvait attendre que les fruits de son *'ariya*

mûrissent, et alors il n'y a plus de raison de déroger en sa faveur aux règles ordinaires. Cependant cette restriction n'est pas admise par les gens de la Mecque, dont les râwi n'ont pas rapporté le hadîts exactement dans les mêmes termes que les Médinois. La différence des versions a fait naître une divergence ; peut-être l'une se rapportait-elle à l'hypothèse où l'ariya est racheté par le donateur pour se débarrasser de la servitude dont il est grevé, et l'autre à celle où il est vendu par le donataire pour se procurer des vivres. En effet, la condition de consommer immédiatement les fruits remis comme prix paraît aussi peu justifiable dans le premier cas qu'elle est naturelle dans le second. Il en est de même d'une exigence analogue qu'El-Qastallâni attribue aux Hanbalites ; d'après lui, ils ne permettent la vente de l'ariya que si son possesseur a besoin de vendre (pour avoir des fruits cueillis), ou si celui qui l'achète a besoin de dattes fraîches ; cela suppose que l'acheteur est une autre personne que le donateur, ce qui ne peut se produire que dans la seconde hypothèse.

La vente des 'ariya, étant une exception, ne peut avoir lieu que si elle est nécessaire et dans une mesure restreinte : il ne faut pas que la quantité des fruits excède cinq charges (1). Au-dessous, la vente est permise ; au-dessus, elle est prohibée. Mais s'il y a exactement cinq

(1) La charge (wasq) est égale à soixante çâ'.

charges, la question est très discutée : les Malekites l'autorisent, parce que le texte porte défense seulement pour une quantité supérieure à celle-là ; les Chafeïtes et les Hanbalites, et avec eux la majorité de la doctrine, l'interdisent, parce que la règle est l'interdiction et que l'exception doit s'interpréter restrictivement.

En dépit de ce rigorisme, on étend en général l'exception des 'ariya non seulement aux palmiers, mais à la vigne, car les dattes et le raisin sont presque toujours régis par les mêmes dispositions. Tous deux sont soumis à la zekât, (1) et assimilés en matière de fermages (2).

L'extension ici signalée s'explique en outre par ceci que, comme la datte, le raisin se conserve à l'état sec, et que comme elle il peut assez facilement être évalué sur l'arbre. Les grappes de raisins, comme les régimes de dattes, pendent d'une façon apparente, et il est possible de se rendre compte de la quantité de fruits que porte une vigne ou un palmier ; tandis que la plupart des autres fruits, comme l'abricot, sont souvent voilés par le feuillage et difficiles à compter, même approximativement.

On trouve dans les commentateurs une explication de l'ariya qui diffère de celles que fournissent les hadîts. D'après ceux-ci, nous l'avons vu, l'exception est faite en faveur du donateur grevé de servitude ou du donataire indigent, et c'est ce dernier cas qui est le plus fréquem-

(1) Dîme ou aumône légale, impôt coranique.

(2) V. page 113.

ment visé. Or, d'après une opinion, la faculté de vendre les 'ariya n'est pas accordée seulement aux pauvres, mais à toute personne qui en possède. On a attribué à tort à Chafeï la première décision, mais en réalité il a seulement rapporté le fait suivant : certains hommes besogneux d'entre les Ançâr, au moment des dattes fraîches, n'avaient pas d'argent pour en acheter et voyaient avec regret les autres en manger sans pouvoir les imiter. Comme ils avaient des dattes sèches, le Prophète leur permit d'acheter des fraîches en donnant de leurs dattes sèches la quantité qu'ils voudraient.

C'est bien une exception à l'interdiction de la « mozâbana », mais dans des circonstances toutes différentes de celles que nous avons vues jusqu'ici. Il n'y a plus de donation, et par suite il faut adopter pour le mot 'ariya le sens d'arbres que l'on va acheter sur place, celui d'arbres nus ou dépouillés n'ayant plus de raison d'être ; encore doit-on supposer que les dattes fraîches étaient achetées avant la cueillette, sur les palmiers et en bloc.

La faveur accordée par le Prophète ne s'explique plus par un but de protection ni d'humanité, mais simplement par bienveillance pour les Ançâr à qui il l'a octroyée. Dès lors, on peut se demander si elle constitue autre chose qu'une dérogation spéciale et momentanée, et si elle doit être généralisée. S'arrêter à cette solution serait réduire à néant la défense si nette et si logique de la « mozâbana », car si tous les gens dépourvus de numé-

raire peuvent payer des dattes fraîches, achetées en bloc sur les palmiers, avec une quantité quelconque de dattes sèches, que reste-t-il de la prohibition ? Il semble donc préférable de voir dans l'histoire rapportée par Chafeï un cas particulier et non une décision d'espèce. La remarque d'El-Qastallâni, que la permission de vendre et d'acheter les 'ariya contre des fruits secs n'a pas été accordée seulement aux indigents, s'appliquerait à l'hypothèse où c'est le propriétaire du jardin qui rachète du donataire, pour s'en débarrasser, l'arbre dont il lui a donné la récolte. En effet, que l'un et l'autre soient riches ou pauvres, cela ne peut absolument avoir aucune influence sur le contrat.

Outre la dérogation aux règles sur l'usure, on peut voir dans ce rachat de la chose donnée une exception au principe de l'irrévocabilité des donations. Il n'y a pas à proprement parler révocation, mais reprise moyennant compensation ; la libéralité n'est pas supprimée, elle est transformée. C'est toujours revenir sur la donation.

IX. — Vente à terme de comestibles.

« Le Prophète acheta à terme des comestibles d'un Juif et lui donna en gage sa cotte de mailles. » Ce hadîts est reproduit un grand nombre de fois par El-Bokhâri (Ventes, ch. XIV, LXXXVIII ; Vente à livrer, V et VI ; Prêt, I ; Gage, II et V, etc.).

D'après les commentaires, l'achat fait par le Prophète consistait en une certaine quantité d'orge ; mais quel prix en donna-t-il ? Si c'est de l'or ou de l'argent, ou même quelque autre matière, le marché ne présente aucune anomalie ; mais si c'est un comestible, surtout si c'est de l'orge et à quantité inégale, le contrat est usuraire. Mais il faut observer qu'il est passé avec un Juif, et, dit El-Qastallâni, « les Juifs peuvent faire le commerce même usurairement, ainsi que Dieu nous en a avertis ; mais il nous a permis de contracter avec eux et de manger de leurs comestibles ».

On en conclut aussi que la vente à terme est licite en général, pourvu qu'il ne s'agisse pas de choses usuraires contre des choses usuraires ; et ce n'est pas par une simple tolérance, mais l'acte est pleinement légal, car il est prévu et autorisé par le Coran, qui recommande alors l'usage de l'écriture (1).

Enfin, ce hadîts sert d'argument contre ceux qui voudraient proscrire l'adjonction de sûretés à un contrat, notamment à la vente à livrer ; cette décision est fondée sur un autre hadîts, d'après lequel celui qui a reçu promesse d'une chose doit s'en contenter, et ne pas lui adjoindre ni lui substituer une autre chose. L'authenticité de cette tradition est douteuse, et on lui oppose celle qui relate la mise en gage de la cotte de mailles du Prophète.

(1) II, 282.

Celle-ci prouve également qu'on peut constituer un gage sans être en voyage, ce que contestaient des auteurs d'après un passage du Coran (1) mal interprété, qui recommande la constitution du gage pendant le voyage, mais ne l'interdit nullement en d'autres circonstances.

X. -- Vente et prêt des esclaves et animaux.

La vente d'un animal contre un ou plusieurs animaux de même espèce, au comptant ou à terme, est l'objet de discussions assez compliquées entre les traditionnistes.

Elle semble autorisée par plusieurs hadîts. L'un, qui concerne des esclaves, est rapporté dans Moslim :

« Le Prophète reçut le serment de fidélité d'un homme pour (le suivre lors de) l'hégire; puis il apprit que cet homme était un esclave, et l'acheta de son maître contre deux esclaves noirs. Depuis lors, il ne recevait le serment de personne sans s'assurer qu'il était libre. »

Il ressort bien de ce récit que la vente d'un esclave pour deux est licite, et ce qui est vrai des esclaves l'est de tous les animaux.

C'est ce qui semble aussi résulter du chap. CVIII des Ventes, dans El-Bokhâri. Il est dit dans la rubrique :

« Ibn-'Omar acheta un chameau de selle contre quatre chameaux de bât, ce chameau livrable à Rabadza (2). — Ibn-

(1) II, 283.

(2) Localité entre la Mecque et Médine.

'Abbās a dit : Un chameau peut valoir plus que deux autres chameaux. — Râfi' ben-Khadidj acheta un chameau contre deux chameaux, dont il ne livra qu'un au comptant, et il dit : « Je t'amènerai l'autre demain, et il sera agile, si Dieu le veut ! » — Ibn-Moseyyeb a dit : « Pas d'usure en fait d'animaux, un chameau contre deux chameaux et un mouton contre deux moutons à terme (est licite). » — Ibn-Sirîn a dit : « Pas de mal à un chameau pour deux chameaux à terme. » Et une autre version ajoute à cette phrase : « Et un dirhem pour un dirhem. »

Une autre rédaction disait : pour deux dirhems, mais c'est inadmissible, et El-Qastallâni la rejette comme fautive.

Il est déjà fort difficile, avec le maintien du singulier, de déterminer ce qu'a voulu dire Ibn-Sirîn. Probablement il s'agit de la vente d'un chameau et d'un dirhem contre un chameau et un dirhem ; les deux dirhems doivent nécessairement être livrés en même temps, soit au comptant, soit à terme ; les chameaux peuvent être fournis simultanément ou non. Ces diverses hypothèses conduisent les juristes à des discussions sans grand intérêt, où les commentateurs eux-mêmes semblent se perdre, tant elles sont remplies de contradictions.

La vente des animaux est entièrement libre d'après les Chafeïtes, qui adoptent sans réserves la maxime d'Ibn-Moseyyeb : « Pas d'usure en fait d'animaux. » Les Hanéfites sont d'un avis contraire, et les Malekites le sont aussi lorsque le marché porte sur des animaux de même espèce. Cependant, le chap. CVIII contient ce ha-

dits : « Safiya était parmi les captives : elle échut à Dihya le Kelbite, puis elle appartint au Prophète. » Il est à supposer que Mahomet, désirant acquérir cette femme, l'acheta de Dihya en lui disant : « Tu prendras à sa place une de mes esclaves à ton choix. » C'est bien une vente d'esclave contre esclave à terme ; dès lors, on comprend mal pourquoi cette opération serait prohibée.

Quant au prêt, les Hanéfites le prohibent également ; les trois autres écoles, s'appuyant sur un hadîts que nous verrons bientôt (1), et où l'on voit le Prophète rendre un chameau qui lui a été prêté, l'autorisent, sauf dans un cas : une esclave ne peut être prêtée à celui à qui elle est permise, c'est-à-dire à celui qui peut s'unir à elle sans que nul empêchement légal s'y oppose, et cela même si le prêt n'est pas fait dans cette intention. On craint que l'emprunteur ne vienne à faire d'elle un autre usage que celui en vue duquel le prêt a été consenti ; et la copulation déprécie l'esclave, même si elle n'est pas vierge, car alors son maître sera privé d'elle pendant la retraite de continence qu'elle devra ensuite accomplir. Etant donné le motif de l'interdiction, on discute si l'esclave pourra être prêtée à un hermaphrodite ; et la négative est généralement admise.

Naturellement, la chose prêtée, si elle ne doit pas être détériorée, ne doit pas être restituée avec un accrois-

(1) V. pages 408-9.

sement qui serait un profit usuraire pour le prêteur. Celui-ci ne peut exiger, par exemple, qu'on lui rende deux objets pour un. Aussi un hadîts, d'après lequel le Prophète ordonne à 'Abdallah de prendre un chameau pour deux à terme, doit-il s'entendre, d'après El-Qastal-lâni, d'un achat et non d'un emprunt ; car ce serait un prêt à intérêt bien caractérisé.

Cependant, il peut arriver que le prêteur, sans faire acte d'usure, reçoive plus qu'il n'a donné, sinon en quantité, du moins en qualité ; il suffit pour cela que cette augmentation n'ait pas été stipulée.

C'est ce qu'exprime Ibn-'Omar au chap. XVII du titre du Prêt, en disant : « (Il n'y a) pas de mal à prêter pour un délai fixé, même si l'emprunteur rend (au prêteur) meilleur que ses dirhems, pourvu qu'il ne l'ait pas stipulé. » Une telle convention serait évidemment nulle ; mais si, en l'absence de toute clause à cet égard, les dirhems rendus sont de meilleur aloi que ceux qui avaient été remis, le prêteur peut les accepter sans crainte de commettre un acte usuraire. Cela est vrai, quel que soit l'objet du contrat. Nous venons de le constater pour les espèces ; un exemple touchant les animaux nous est fourni par le hadîts reproduit aux titres du Mandat, chap. V et VI ; du Prêt, chap. IV, VI et VII ; et de la Donation, chap. XXIII. Le narrateur est Abou-Horaïra :

« Le Prophète, dit-il, devait à un homme un chameau d'un certain âge. Cet homme étant venu le lui réclamer, l'Envoyé

de Dieu dit : « Donnez-lui un chameau de l'âge du sien. » Mais on ne trouva que des chameaux d'un âge supérieur. Le Prophète dit alors : « Donnez-lui en un. Le meilleur d'entre vous est celui qui s'acquitte le mieux de ses dettes. »

Le commentaire remarque qu'en rendant ainsi plus qu'il ne devait, le Prophète fit preuve de générosité, et qu'on ne peut voir là un intérêt, car le profit n'avait pas été stipulé. Le prêteur, à qui il est interdit de convenir qu'une chose détériorée lui sera remise en bon état, ou qu'il recevra plus qu'il n'a remis, soit en quantité, soit en qualité, peut accepter une restitution faite dans ces conditions. Toutefois la doctrine malekite prohibe la restitution avec augmentation en nombre.

Les chapitres XVII du Prêt et XVI des Stipulations nous apprennent que l'on peut prêter pour un temps déterminé. « Il n'y a aucun mal, dit Ibn-'Omar, à prêter pour un délai fixé... » Ce point ne ferait aucune difficulté, si les Chaféïtes ne prohibaient le prêt à terme, sans doute pour permettre au prêteur de rentrer à volonté en possession de sa chose. Cette faculté ne lui est d'ailleurs pas refusée, même s'il y a un terme, puisque la plupart des auteurs estiment que l'emprunteur doit restituer dès qu'on lui réclame ; c'est probablement une conséquence de la gratuité absolue du prêt. Seuls, les Malekites professent qu'il est tenu seulement au terme convenu, lorsqu'on en a fixé un, et qu'auparavant il a le droit de se refuser à rendre la chose.

Un hadîts où il est question d'un Juif qui prêta à un de ses coreligionnaires mille dinârs pour un terme fixé est invoqué en faveur de la validité de cette convention ; on se sert de cet argument, que la loi antérieure au Coran est encore en vigueur, et s'impose aux musulmans, pour toutes les mesures qui n'ont pas été abrogées et remplacées par de nouvelles dispositions.

XI. — Réserve d'usage de la chose vendue au profit du vendeur.

« D'après « l'Âmir », Djâbir a dit : « Je voyageai, monté sur un chameau qui m'appartenait et qui était fatigué. Le Prophète venant à passer, frappa l'animal, fit une invocation, et le chameau se mit à marcher à une allure qu'il n'avait jamais eue. Puis, le Prophète m'ayant dit : « Vends-moi ton chameau pour une once », je le lui vendis en me réservant le droit de monter l'animal jusqu'à mon arrivée chez ma femme. Quand nous fûmes arrivés, j'amenai le chameau au Prophète qui m'en paya le prix, puis je m'en allai. Le Prophète envoya quelqu'un sur mes pas, et quand je fus revenu, il me dit : « Je n'avais pas l'intention de prendre ton chameau : garde-le donc, il est dorénavant ta propriété. » (Stipulations, chap. IV.)

Ce hadîts, qu'il était nécessaire de citer en entier pour faire comprendre les discussions auxquelles il donne lieu, relate une vente avec réserve d'usage de la chose en faveur du vendeur. Il semble que l'on doive admettre cette combinaison comme licite, puisque le Prophète lui-même y a consenti. Telle est bien l'opinion des Hanbalites, qui permettent la clause réservant la jouissance

de la chose au vendeur. Mais une partie des Malekites en tolère cet arrangement que pour peu de temps, ou pour une distance très courte, s'il s'agit de monter un animal, comme dans le cas qui nous sert d'exemple : et la majeure partie de cette école, ainsi que les deux autres, Chafeïtes et anéfites, l'interdisent comme contraire à l'essence du contrat ; le retard apporté à l'entrée en jouissance de l'acheteur en est peut-être la cause.

Comme cette solution est contraire au hadîts que nous venons de citer, ils prétendent que la version en est erronée et que Djâbir avait donné son chameau au Prophète au lieu de le lui vendre ; car ce qui est défendu dans une vente ne le serait pas dans une donation. Si l'on admet qu'il y a eu vente, ils disent que cette vente n'a été qu'apparente, puisque le Prophète avait l'intention de rendre le chameau à Djâbir, et que c'est seulement en raison de cette intention libérale qu'il a pu agir ainsi ; ou encore que la clause réservant à Djâbir l'usage de sa monture n'a pas été conclue en même temps que le contrat principal, mais consécutivement à la vente, et que par suite cette dernière était parfaitement valable, n'étant affectée d'aucune modalité ni réserve contraire à son essence juridique.

XII. — Les contrats agricoles.

Nous comprenons sous cette dénomination les conventions par lesquelles le propriétaire du sol en confie la

culture à un fermier, à certaines conditions, dont la plus fréquente est le partage des produits entre eux suivant une proportion déterminée. C'est ce que nous appelons bail à ferme et métayage.

Il faut distinguer entre deux sortes de contrats : l'irrigation (mosâqât), qui consiste à charger quelqu'un de soigner des arbres, surtout des palmiers, moyennant une part de leurs fruits ; et l'ensemencement, qui consiste à louer sa terre à un cultivateur dont on stipule une redevance. Il y en a deux variétés, suivant que c'est le propriétaire ou l'exploitant qui fournit la semence nécessaire ; la première s'appelle « mozâra'a », la seconde « mokhâbara ». C'est un véritable bail, tandis que la « mosâqât » est plus proche d'un salariat ou louage de travail.

Ces deux sortes de contrats agricoles sont-ils licites, et dans quelles conditions ? C'est ce que nous allons essayer de préciser, d'après les traditionnistes et les commentateurs, qui sont très divisés à ce sujet.

En ce qui concerne le contrat d'irrigation, le texte fondamental est le hadîts, si souvent répété, (Salariat, ch. XXII ; Ensemencement, chap. VIII, IX, XI, XVII, etc.) relatif au traité conclu par le Prophète avec les habitants de Khaïbar. Lors de la conquête, ceux-ci, qui étaient des Juifs, demandèrent à conserver leurs biens et à demeurer dans le pays. Mahomet y consentit, à condition qu'ils lui remissent chaque année la moitié des produits du sol, et leur dit : « Je vous maintiens sur cette terre tant que

Dieu vous y maintiendra. » Ils y restèrent jusqu'au khalifat de 'Omar, qui les expulsa de la région et les relégua à Taïma et à Arihâ (Jéricho), pour obéir à la parole du Prophète : « Qu'il n'y ait pas deux religions en Arabie. »

De ce hadîts, on conclut généralement que la mosâqât est permise : en effet, l'arrangement conclu avec les Juifs de Khaïbar n'est pas autre chose, puisqu'ils doivent cultiver à titre de métayers le sol dont ils sont dépossédés, et en partager les fruits avec le propriétaire, en l'espèce la communauté musulmane, représentée par son chef. Mais tous les auteurs ne donnent pas à leurs déductions la même largeur : les Zâhirites, ne voyant dans le hadîts que la lettre, et constatant que le traité concernait des palmeraies, n'autorisent le contrat que pour la culture du palmier ; les Chafeïtes y joignent la vigne, qui y est habituellement assimilée par la loi, comme nous l'avons vu plus haut. D'autres jurisconsultes étendent la permission à tous les arbres fruitiers (pêcher, abricotier, figuier, etc.), soit en exigeant que la vigne et le palmier y figurent principalement, soit sans réserves ; enfin, les Malékites autorisent la « mosâqât » pour toute espèce de cultures, et de la façon la plus absolue.

Mais la solution contraire est adoptée par Abou-Hanîfa, qui voit dans ce contrat un salariat portant sur des choses futures, indéterminées et inestimables, et par conséquent entaché d'aléa. Certains Hanéfites le tolèrent cependant,

et l'assimilent à la commandite, où l'on fait aussi valoir le bien d'autrui moyennant une part des bénéfices, alors que ceux-ci sont nécessairement incertains.

D'après ceux qui prohibent la mosâqât, il faut interpréter tout autrement le traité intervenu entre Mahomet et les gens de Khaïbar : ce n'est pas une convention, mais une faveur, un acte purement bénévole. En effet, la terre, étant conquise, devenait la propriété des mulsulmans, et ses habitants étaient réduits en servitude (1). Ils ne pouvaient donc conclure un traité, mais implorer une grâce, qui leur fut accordée. C'est pourquoi aussi le Prophète ne fixa pas de terme à leur séjour dans le pays, mais leur promit de les y laisser « tant que Dieu les y laisserait », ce qui équivalait à se réserver le droit de les en expulser à volonté ; ce fut 'Omar, on le sait, qui prit et exécuta plus tard cette décision.

Cette circonstance, qu'aucun terme n'avait été fixé, a attiré aussi l'attention des partisans du contrat d'irrigation. Les Zâhirites en déduisent que ce contrat peut être fait pour un temps indéterminé ; mais tel n'est pas l'avis général, et les jurisconsultes estiment que, comme il n'y a pas là un acte continu et permanent, semblable au mariage ou à la vente, mais un acte renouvelable après

(1) Cette manière de voir est confirmée par des textes où il est question du quint ; mais il est contesté que la servitude soit la conséquence de la conquête. En tous cas, il paraît certain qu'une partie seulement du territoire de Khaïbar fut pris par la force ('onwa) et que le reste fut acquis par capitulation (çoulh).

expiration, la durée doit en être limitée expressément. Ils expliquent l'absence de clause à cet égard dans le traité de Khaïbar en disant que le Prophète a été dispensé, comme en beaucoup de cas, de la règle commune, ou que le fait se justifie par la conquête.

Un autre exemple, où il n'est pas non plus question de terme, est fourni par le hadîts suivant : « D'après Abou-Horaïra, les Ançâr ayant demandé au Prophète de partager les palmiers entre eux et leurs frères (les Mohâdjir), celui-ci répondit : « Non ». Alors les Ançâr dirent aux Mohâdjir : « Vous soignerez les arbres et nous en partagerons les fruits avec vous. » (Ensemencement, ch. V ; Stipulations, ch. V.)

Il s'agit évidemment d'un fait qui arriva au moment de l'hégire, alors que les Mecquois émigrés avec Mahomet arrivèrent à Médine et furent unis aux musulmans de cette ville par un lien de fraternité. Comme ils ne possédaient rien dans leur nouvelle résidence, les Ançâr voulurent partager leurs biens avec eux ; mais, le Prophète s'y étant opposé, ils s'arrangèrent de la façon rapportée par le hadîts. Celui-ci ne dit pas dans quelle proportion ils étaient associés pour la récolte, ni même si cette proportion était fixée. Les commentaires disent qu'elle devait être de moitié, et qu'à défaut de clause expresse c'est ainsi qu'il faut interpréter les contrats de ce genre, à moins que l'usage local ne soit différent.

Le contrat d'ensemencement, qui est un véritable

louage de la terre, donne lieu à plus de difficultés encore que celui d'irrigation, et l'on peut presque dire qu'il y a autant de doctrines que d'auteurs ayant écrit sur la matière. Les uns, comme Tâoûs et Hasan-el-Bağrî, l'interdisent absolument, solution que sembleraient commander certaines paroles du Prophète (1); les autres l'autorisent, mais en général avec beaucoup de restrictions. Tantôt on exige que la redevance consiste en numéraire, ou en d'autres choses que des comestibles; tantôt on permet qu'elle consiste en une quantité déterminée prise sur les produits, mais non en une quote-part proportionnelle, ou inversement. Certains auteurs n'admettent le contrat que comme convention accessoire. Enfin, il est regardé comme pleinement licite par une opinion qui limite les prohibitions des hadîts à certaines combinaisons aléatoires, à l'égard desquelles il n'y a aucun doute et qu'il faut évidemment proscrire.

Tel est le mode de location auquel font allusion les chapitres VII et XII du titre de l'Ensemencement, et le chapitre VII du titre des Stipulations :

« Râfi'-ben-Khadidj a dit : Nous étions dès plus riches de Médine en cultures, et nous affermions nos terres moyennant une portion réservée au propriétaire (c'est-à-dire en nous réservant le produit d'une parcelle déterminée), ou, d'après une variante, en disant : « Ce morceau sera pour moi, cet autre pour toi ». Or, il arrivait que l'une des parcelles fût frappée par un fléau, et elle ne donnait rien, tandis que l'au-

(1) Ensemencement, ch. XVIII ; voir page 122 et suiv.

tre amenait une récolte. Le Prophète nous interdit de contracter dans ces conditions ; quant à la location pour de l'or ou de l'argent, elle ne nous fut pas défendue ».

De même au chapitre XIX (Enregistrement), et d'après le même râwi :

« Mes deux oncles paternels m'ont raconté que, du temps du Prophète, ils louaient leurs terres moyennant ce qui poussait sur les (bords des) ruisseaux ou moyennant une chose que se réservait le propriétaire du sol. Le Prophète nous interdit d'agir ainsi ». — Et, comme Handzala interrogeait Râfi' au sujet de la location moyennant dinârs ou dirhems, celui-ci répondit : « Il n'y a aucun mal à louer moyennant dinârs ou dirhems ». — El-Bokhâri dit : « El-Leits est d'avis que cette interdiction, aux yeux des gens qui ont l'intelligence des choses permises et défendues, est justifiée par le fait de l'aléa que renferme ce contrat. »

En effet, il se peut que rien ne pousse aux bords des ruisseaux et qu'il y ait une belle récolte ailleurs, ou inversement ; c'est un cas analogue à celui où chacun a droit au produit de tel emplacement de terrain, et où l'un des deux emplacements vient à être atteint d'un fléau qui l'empêche de produire. Ce sont là des contrats manifestement aléatoires ; il en est de même de la location, signalée par Moslim, moyennant tout ou partie des grains restés dans les épis après le battage (qoçâra).

Sans stipuler des redevances aussi incertaines, le propriétaire peut-il louer pour une quantité déterminée ou pour une quote-part des produits du sol ? Il semble que c'est ce qu'a fait le Prophète à Khaïbar, en exigeant

la moitié des fruits et des grains. Mais les cultures de Khaïbar consistaient surtout en palmeraies, pour lesquelles il ne s'agit pas d'ensemencement mais d'irrigation ; et quant aux quelques céréales que l'on y semait, c'était sur les « terres blanches », c'est-à-dire sur les petits espaces de terrain qui n'étaient pas plantés, et qui remplissaient l'intervalle entre les jardins. Le contrat d'ensemencement n'intervient donc au traité de Khaïbar que d'une façon accessoire. El-Khattâbi en conclut cependant qu'il est absolument licite, que la semence soit fournie par le preneur ou le bailleur, qu'il y ait *mozâra'a* ou *mokhâbara*. Mais cette dernière, dans laquelle c'est le preneur qui fournit la semence, est interdite par presque tous les auteurs ; un *hadîts* reproduit notamment par El-Bokhâri (Irrigation, ch. XVII) rapporte que Djâbir a entendu cette défense de la bouche du Prophète, et la majorité de la doctrine accepte cette tradition. Pour la *mozâra'a*, elle est tolérée par les Chaféïtes si elle est jointe à une *mosâqât* dont elle est l'accessoire ; les Malekites l'admettent aussi pour les « terres blanches » ou parcelles non plantées qui subsistent entre les plantations à irriguer ; les Hanéfites la proscrivent complètement. Ces trois écoles sont unanimes pour réprouver en principe le louage des terres moyennant une partie de leurs produits, qui leur paraît aléatoire. En effet, le tiers, le quart ou la moitié de la récolte, c'est une quantité que l'on ne peut fixer ni évaluer ; de plus, la récolte,

étant un accroissement de la semence, appartient à celui qui l'a fournie, et qui devra seulement, si c'est le preneur, indemniser le propriétaire pour sa terre, et si c'est le bailleur, payer l'exploitant pour son travail. Pour éviter ces recours, et attribuer à chacun une part de la récolte correspondante à la part de semence qu'il a fournie, on arrive à des combinaisons compliquées, dont voici quelques exemples cités par El-Qastallâni : l'exploitant prend à bail la moitié de la terre moyennant la moitié de son travail, de son outillage et de sa semence, lorsque c'est lui qui la fournit ; si c'est le propriétaire, ce dernier loue le travail de l'exploitant moyennant la moitié de la semence, afin que l'exploitant cultive une moitié de sa terre, dont il lui prête l'autre moitié ; ou bien il louera, moyennant la moitié de la semence et la moitié de la terre, le travail de l'exploitant qui sèmera la seconde moitié de la semence dans la seconde moitié de la terre. Enfin, si la semence est fournie par les deux contractants, le propriétaire donnera à bail à l'exploitant la moitié de la terre pour la moitié du travail et de l'outillage, ou bien lui prêtera la moitié de la terre, et l'exploitant donnera la moitié de son travail et de son outillage qu'il dépensera sur l'autre moitié de la terre ; ou enfin le propriétaire donnera à bail la moitié de sa terre pour un dinâr, par exemple, et louera pour ce même prix le travail et l'outillage de l'exploitant dépensés sur l'autre moitié, de sorte qu'ils seront quittes l'un envers l'autre.

Il semble ressortir de ce que nous venons de voir que les locations aléatoires des chapitres VII, XII et XIX sont prohibées, et qu'il en est de même de l'ensemencement lorsque la semence est fournie par le cultivateur ; que le loyer en argent est permis, et la redevance en nature interdite, au moins lorsqu'elle consiste en une part indéterminée des produits. Or, à part le premier point, que nul ne conteste, ces conclusions sont l'objet de discussions, non seulement entre les jurisconsultes, mais même entre les narrateurs de hadîts, qui rapportent des traditions difficilement conciliables ; et il semble que, parmi les compagnons du Prophète eux-mêmes, la solution ait été indécise et flottante.

Le chapitre X, par exemple, contient un hadîts ainsi conçu :

'Amr a dit : « Comme je disais à Tâoûs qu'il devrait renoncer à la mokhâbara, parce qu'on prétendait que le Prophète l'avait interdite, il me répondit : « Je leur donne et les enrichis ; et le plus savant des compagnons, Ibn-'Abbâs, m'a dit que le Prophète ne l'avait pas défendu, mais qu'il avait dit : « Donner la jouissance (d'une terre) à son frère vaut mieux que de prendre de lui une redevance fixée. »

D'après les commentateurs, ces derniers mots n'impliquent pas une défense, mais une préférence et un conseil. Il serait donc permis de contracter un ensemencement, même en faisant fournir la semence par le cultivateur. C'est aussi ce qui paraît résulter d'un des

textes cités dans la rubrique du chapitre VIII, qui a l'air consacrée à établir la validité du contrat d'ensemencement :

« Qaïs-ben-Moslim rapporte que Abou-Dja'far a dit : « Il n'y avait pas de Mohâdjir à Médine qui n'ensemencassent pour un tiers ou un quart (des produits) : 'Ali, Sa'd-ben-Mâlik, 'Abdallah-ben-Mas'oud, 'Omar-ben-'Abdelaziz, El-Qâsim, 'Orwa-ben-Ez-Zobaïr, la famille d'Abou-Bekr, celle de 'Omar, celle de 'Ali et Ibn-Sirin contractaient ainsi. — 'Abderrahman-ben-El-Aswad a dit : « J'associais 'Abderrahman-ben-Yezid dans la récolte ». — 'Omar traita avec des gens en stipulant que s'il fournissait la semence, ils auraient la moitié et lui la moitié ; que si elle était fournie par eux, ils auraient telle proportion. — El-Hasan a dit : « Il n'y a pas de mal à ce que le coton soit cueilli à moitié (1). » Ibrahim, Ibn-Sirin, 'Atâ, El-Hakam, Ez-Zohri et Qatâda ont dit : « Il n'y a pas de mal à donner du filé à tisser moyennant un tiers ou un quart (2). » Ma'mar a dit : « Il n'y a pas de mal à donner en location une bête de somme pour un tiers ou un quart (de ce qu'elle portera) pendant un temps déterminé. »

Les dernières opérations mentionnées sont des exemples de louage pour une quote-part, amenés ici par analogie ; les premières montrent que l'ensemencement se pratiquait couramment au temps du Prophète, et le contrat de 'Omar prouve qu'il était en usage sous les

(1) On assimile à la cueillette du coton celle du carthame, le glanage des olives, la moisson et autres opérations dont le résultat est indéterminé.

(2) Que le tisserand gardera comme salaire ; de même on peut faire moudre des grains ou presser des olives en en abandonnant une partie comme paiement.

deux formes de la mozarâ'a et de la mokhâbara. Dès lors, comment expliquer l'interdiction de ce contrat ? La difficulté apparaît pleinement dans le chapitre XVIII de notre titre, qui renferme cinq hadîts d'une interprétation assez embarrassante, car ils mettent en question la validité du louage des terres en général. Il nous paraît nécessaire de les reproduire ici.

1. Râfi'-ben-Khadîdj, d'après son oncle paternel Zohaïr, a dit : « L'envoyé de Dieu **nous interdit** une chose commode pour nous. » Et comme je lui disais : « **Ce qu'a dit l'Envoyé de Dieu** est un devoir », il ajouta : « L'Envoyé **de Dieu**, m'ayant fait appeler, me demanda ce que nous faisons de nos terres. Je répondis : « Nous les affermons moyennant le quart (1) ou un certain nombre de charges de dattes et d'orge. » — « Ne continuez pas à agir ainsi, répliqua-t-il ; cultivez ou faites cultiver (par d'autres, sans rien exiger d'eux), ou laissez le sol en jachères. » — Et Râfi' dit : « L'ouïe et l'obéissance. »

2. 'Atâ rapporte que Djâbir a dit : « On cultivait moyennant le tiers, le quart ou la moitié (de la récolte). Le Prophète dit : « Que celui qui a une terre la cultive ou en donne la jouissance ; s'il ne le fait pas, qu'il laisse sa terre (inculte). »

D'après Abou-Horaïra, le Prophète aurait dit : « Qu'il en donne la jouissance à son frère ; et si celui-ci refuse, qu'il laisse sa terre (inculte). »

3. 'Amr dit : « Je rapportai ce hadîts à Tâoùs, qui me répondit : « Qu'il fasse cultiver », car Ibn'-Abbâs a dit que le Prophète ne l'avait pas défendu, mais avait dit : « Si quelqu'un d'entre vous donne la jouissance (d'une terre) à son frère, cela vaut mieux pour lui que d'en exiger une rémunération déterminée. »

(1) Ou, d'après une variante, moyennant ce qui poussait le long des ruisseaux. Ce serait le cas, déjà vu, du chap. XIX.

4. D'après Nâfi', Ibn-'Omar louait ses terres du temps du Prophète, sous le hhalifat d'Abou-Bekr, de 'Omar, de Otsmân et au début de celui de Mo'âwiya. Puis, Râfi'-ben-Khadîdj ayant rapporté que le Prophète avait interdit de louer les terres, Ibn-'Omar alla trouver Râfi' en compagnie de Nâfi' et l'interrogea sur la question. « Le Prophète a interdit de louer les terres », répondit Râfi'. Ibn-'Omar dit : « Je sais (1) qu'au temps du Prophète, nous louions nos terres moyennant ce qui poussait sur les (bords des) ruisseaux et moyennant une quantité (indéterminée) de paille. »

5. Sâlim raconte que 'Abdallah-ben-'Omar a dit : « Je savais que, du temps du Prophète, la terre se louait. » Puis, craignant que le Prophète n'eût formulé à cet égard une opinion qu'il aurait ignorée, il cessa de louer ses terres. »

Les paroles rapportées par Râfi'-ben-Khadîdj : « Cultivez ou faites cultiver (gratuitement), ou laissez la terre (en jachères) », donnent à penser que Mahomet entendait prohiber complètement le contrat d'ensemencement, qu'il eût lieu moyennant n'importe quelle redevance, fixe ou proportionnelle, en nature ou en argent. Cette dernière était pourtant autorisée, d'après un autre récit du même Râfi' (2) ; faut-il donc penser que ce récit est antérieur, et que la prohibition, d'abord limitée au louage pour une part des produits, a été ensuite étendue à toutes les conventions de ce genre ? Il est certain qu'aux yeux du Prophète, la location des terres n'est pas une opération recommandable ; il estime visiblement

(1) Ou : tu sais, d'après une autre lecture. Le sens reste d'ailleurs le même.

(2) Cf. p. 117.

qu'elle est contraire à la véritable fraternité qui doit régner dans l'Islâm. Exiger du fermier un revenu fixe, c'est lui laisser courir tous les risques d'une mauvaise année ; prendre une quote-part de la récolte, c'est stipuler une chose future et inestimable, par suite faire un acte aléatoire ; sans parler des combinaisons où la part de chacun est incertaine, soit par indétermination, soit par désignation expresse de la parcelle réservée. Il n'est donc pas invraisemblable que le Prophète ait voulu interdire la pratique de ces contrats ; mais faut-il voir dans ses paroles un ordre, ou un simple conseil ? « Donner la jouissance d'une terre vaut mieux que d'exiger une rémunération » ; mais est-il défendu de faire ce qui est moins bon ? — Ibn-'Abbâs ne le croyait point, mais Râfi' était plus sévère ; et nous sommes un peu, à l'égard de cette prohibition incertaine, dans la même situation que le perplexe Ibn-'Omar, aux scrupules duquel nous initient les deux derniers hadîts du chapitre XVIII. Il avait continué de louer ses terres jusqu'à l'avènement des Omeyyades, et il ne pensait pas mal faire. La doctrine de Râfi' lui paraît singulière, et il va lui demander une explication, en lui rappelant que certaines combinaisons clairement aléatoires ont été en usage au temps du Prophète, et que ce sont seulement ces procédés qu'il a dû défendre. La réponse dut être conçue dans un sens opposé et convaincre Ibn-'Omar, puisqu'à partir de ce moment il cessa de louer ces terres.

Mais l'opinion qu'il avait formulée a trouvé néanmoins de nombreux partisans, qui limitent l'interdiction aux louages des chapitres VII, XII et XIX et voient seulement dans les paroles du Prophète un éloge pour celui qui donne généreusement l'usage de ses terres à d'autres musulmans, au lieu d'une prohibition adressée à celui qui les loue. D'ailleurs, d'après Zeid-ben-Tsâbit, le récit de Râfi' serait le résultat d'une erreur : le Prophète, voyant un jour deux hommes se disputer à propos de fermages, se serait écrié : « S'il doit en être ainsi, ne louez pas vos terres. » La dernière proposition seule aurait été entendue et rapportée.

Quoi qu'il en soit, et en dépit des phrases prohibitives que le chapitre XVIII attribue à Mahomet, phrases reproduites au chapitre XXXV du titre des Donations (hadits 5 et 6), le louage des terres est admis et pratiqué dans l'Is-lâm. Y a-t-il eu fléchissement de la théorie devant la nécessité économique, ou le principe était-il réellement la validité du contrat, le législateur n'ayant voulu condamner que les variétés de louage comportant aléa ? Ces dernières sont, en tous cas, impitoyablement écartées, et les divergences de la doctrine portent seulement sur le point de savoir si l'on y doit comprendre telle ou telle combinaison. Presque unanimement, on y range, à côté des locations proprement aléatoires, la location moyennant une part des produits ; et l'on n'admet que le loyer fixé, en argent ou même en nature, mais sans désigna-

tion de provenance (les fruits de tel arbre, la récolte de tel champ), car ce serait retomber dans les cas des chapitres VII, XII et XIX. Ceux qui autorisent la stipulation d'une quote-part de la récolte veulent en général que celle-ci soit répartie proportionnellement à la semence fournie par chacun des contractants. Les Malekites, entre autres, ne permettent le contrat d'ensemencement que d'une façon accessoire et pour les « terres blanches » qui sont dans les intervalles des plantations au sujet desquelles est intervenue une mosâqât principale.

XIII. — Louage et Salarial.

D'après le chapitre IV du titre du Salarial, il est permis d'engager quelqu'un pour faire un travail après trois jours, un mois ou un an. Le hadîts raconte que lors de l'hégire, le Prophète et Abou-Bekr convinrent avec un guide qu'il leur amènerait des montures à la caverne de Tsawr le matin du troisième jour.

Si le salaire est payé comptant, les Malekites, dit El-Qastallâni, autorisent le contrat pour après un jour ou deux ; sinon, il y a divergence, et Achhab l'interdit « parce qu'on ne sait pas s'il vivra ». Cet « il » désigne probablement le salarié, qui peut décéder avant d'accomplir le travail pour lequel il a traité ; mais la pensée du commentateur n'en demeure pas moins fort obscure.

En matière de louage, les Chaféïtes défendent de pren-

dre à bail une maison en ajournant l'entrée en jouissance, parce qu'il n'est pas certain que le propriétaire puisse la procurer plus tard. Les Hanéfites et les Malekites admettent au contraire qu'on loue au mois de cha'bân pour celui de ramadhân. En tous cas, la location au mois est permise, pour un prix fixé, bien qu'un léger aléa résulte de l'inégalité des mois, qui n'ont pas tous exactement le même nombre de jours. Mais il est interdit de traiter pour l'année suivante avec un autre que le locataire de l'année courante, jusqu'à l'expiration de celle-ci.

La rubrique du chapitre XIV (Salarial) nous apprend qu'Ibn-Sirîn, 'Atâ, Ibrahim et El-Hasan ne voyaient aucun mal à attribuer un salaire au courtier. — Ibn-'Abbâs a dit : « Il n'y a pas de mal à dire à quelqu'un : « vends cet objet moyennant telle ou telle somme ; s'il y a un excédent, il t'appartiendra », ou « nous le partagerons ». Le même chapitre prévoit le cas du courtage entre citadin et Bédouin dont nous avons constaté plus haut la prohibition.

XIV. — Délégation.

La délégation n'est permise que si les deux dettes sont de même nature, quotité, échéance et recouvrabilité, et si le délégué est solvable au jour du contrat. On discute si son consentement est ou non requis. La livraison réciproque immédiate n'est pas exigée, alors même que les deux créances portent sur des choses usuraires.

Au chapitre I du titre consacré à ce contrat, il est prévu un cas particulier : dans une liquidation de société ou un partage de succession, certains associés ou cohéritiers peuvent prendre des espèces, et d'autres des créances ; et ces derniers n'auront aucun recours s'ils ne parviennent pas à les recouvrer. La même solution est donnée au titre de la Conciliation, chapitre XIII.

XV. — Dation en paiement d'une quantité en bloc.

Djâbir-ben-'Abdallah a rapporté que son père était mort laissant une dette de trente charges (de dattes) envers un Juif. Comme celui-ci réclamait le paiement, Djâbir alla trouver l'Envoyé de Dieu et le pria d'intercéder en sa faveur. L'Envoyé de Dieu demanda au Juif de prendre les dattes des palmiers de Djâbir en paiement de la dette de son père ; mais le Juif refusa.

On conclut de ce hadîts qu'il est licite d'offrir en paiement une quantité en bloc de choses pareilles aux choses dues. El-Mohallab observe qu'il y a là un aléa pour le créancier et exige que celui-ci connaisse la quantité de ce qu'on lui offre et consente à l'accepter.

El-Qastallâni lui répond qu'El-Bokhâri ne prétend nullement le contraire, du moins quant à la seconde condition ; et, pour ce qui est de la première, on tolère lors du règlement de compte ce qui serait interdit lors de la formation du contrat. La vente de dattes en bloc contre des

dattes mesurées n'est permise, dit un texte cité par le commentateur, que « pour l'ariya et pour la dation en paiement. »

Cela n'implique nullement, d'ailleurs, que le créancier éprouve un préjudice, puisqu'il n'est pas tenu d'accepter. C'est même ce qui arrive dans le cas visé par notre hadîts ; et le Prophète n'a d'autre ressource que de tirer Djâbir d'embarras miraculeusement. Il vient dans son jardin et lui dit : « Cueille tes dattes et acquitte complètement la dette de ton père. » Djâbir, avec sa récolte, paie intégralement les trente charges dues au Juif, et il lui reste encore un excédent considérable.

XVI. — Société.

On distingue quatre sortes de sociétés, qu'El-Qastallâni définit de la manière suivante : dans la première, deux artisans s'unissent et décident de partager leurs gains, qu'ils soient égaux ou inégaux, et que leurs professions soient identiques ou différentes ; dans la seconde, deux personnes achètent ensemble une chose pour la revendre avec profit et partager le bénéfice ; dans la troisième, on met en commun ses ressources, fortune et travail, et ses dettes ; enfin, la quatrième consiste dans le fait de convenir qu'on jouira indivisément de telle ou telle chose. Ces quatre espèces peuvent se définir : société d'industrie, société de capitaux ou commerciale, société de

biens à titre universel, et société à titre particulier.

La dernière seule est permise, parce que les trois autres ont pour but la réalisation d'un bénéfice à tirer des apports ou la mise en commun de choses indéterminées, et par conséquent portent sur des choses incertaines et offrent un caractère aléatoire ; tandis que la mise en commun d'un bien ou de plusieurs biens particuliers n'implique nulle ignorance : chacun y voit nettement ce qu'il apporte et ce qu'apportent ses co-associés.

Un exemple fréquent de société de ce genre est le cas où des voyageurs mettent en commun leurs provisions de route, ou se cotisent pour en acheter. Ces provisions appartiennent dès lors à tous les associés ; ce sont des choses pesables ou mesurables ; il semblerait donc qu'on dût peser ou mesurer la part de chacun pour assurer l'égalité parfaite. Mais il n'en est pas ainsi : les comestibles sont servis en bloc, souvent dans un seul plat autour duquel tous prennent place, et chacun y puise sans que l'on s'inquiète si les uns ont mangé plus ou moins que les autres.

Cependant nous trouvons au chap. XIV du titre des Actes injustes, et aux chap. I et IV du titre de la Société, les hadits suivants :

« Ibn-'Omar a dit que le Prophète avait défendu de manger plusieurs dattes à la fois, à moins que le propriétaire ne le permit ».

« Djabala a dit : « Nous étions à Médine avec les gens de

l'Iraq. Comme nous avons eu une disette, Ibn-Ez-Zobaïr nous donnait des dattes à manger. Ibn-'Omar passa auprès de nous et dit : « L'Envoyé de Dieu a interdit de manger plus d'une datte à la fois, à moins d'y être autorisé par son frère ».

En effet, il serait contraire à la justice et à la fraternité qui doivent régner entre musulmans que l'un mangeât beaucoup plus de fruits que les autres, surtout en cas de disette et lorsque ces fruits ne lui appartiennent pas. Si l'on est seul propriétaire des dattes, on peut en user à sa guise ; mais si d'autres y ont également droit, il est inique d'en consommer plus qu'eux et d'empiéter sur leur part ; sans parler de ce qu'il y a de malséant, ajoutent les commentateurs, à montrer une telle gloutonnerie.

Comme Ibn-'Omar dit que le Prophète a interdit de manger plusieurs dattes à la fois, les Zâhirites y voient une défense absolue, tandis que les autres écoles interprètent la phrase comme un simple avertissement. S'il en était autrement, la prohibition serait fort difficile à faire observer : il n'y aurait qu'un moyen, délimiter la part de chacun et la lui servir à part. Or, nous avons vu que le partage en bloc était admis pour les provisions de bouche ; il est seulement prescrit, surtout en temps de disette, de ne pas chercher à en abuser.

Ce même partage en bloc est permis pour les objets mobiliers et le numéraire lorsque l'inégalité est permise, c'est-à-dire quand il y a des choses d'espèces différentes.

La société est licite en matière de choses fongibles,

comme le blé, le fer, etc. Quant aux métaux précieux, il faut que les espèces, une fois mélangées, ne soient plus reconnaissables : ainsi l'on ne pourrait mettre en commun des dirhems blancs et des dirhems noirs. Chafeï exige en outre que les pièces ne soient pas de meilleur aloi les unes que les autres ; Chafeï et Mâlek veulent que l'apport d'un des associés ne consiste pas exclusivement en or et celui de l'autre en argent.

La convention du Prophète avec les juifs de Khaïbar a fait penser qu'il est licite de s'associer avec un infidèle. Mais les Hanbalites sont d'un avis contraire, et Mâlek ne le permet que si les affaires sociales se traitent en présence du musulman. On craint, en effet, de voir entrer dans le patrimoine du croyant des profits usuraires et illicites. El-Qastallâni remarque à ce propos que l'on est moins scrupuleux en matière d'impôts, car on prend l'argent des infidèles soumis au tribut sans s'inquiéter s'il provient d'opérations usuraires.

Les Chafeïtes réprouvent que le musulman s'associe avec un homme qui pratique l'usure ou qu'on suppose capable de le faire.

XVII. — Clauses restrictives du droit des parties.

On entend par là les clauses par lesquelles l'un des contractants subordonne à certaines conditions la nais-

sance ou l'extinction d'une obligation, ou s'engage à quelque chose s'il n'use pas de son droit. Le chap. XVIII du titre des Stipulations en offre des exemples.

« Ibn-'Aoun rapporte d'après Ibn-Sirîn qu'un homme dit à un loueur : « Prépare-moi ta monture, et si je ne pars pas avec toi tel jour, je te devrai cent dirhems. » Il ne partit pas. Choraïh dit : « Celui qui, de son plein gré, sans y être contraint, s'impose une condition, est tenu de la remplir ».

Nous sommes ici en présence d'une clause pénale, dont on a contesté la validité parce qu'elle aboutit à faire payer une somme sans compensation, ce qui pourrait être considéré comme un acte usuraire. Mais, le preneur n'étant nullement obligé d'introduire une pareille clause, et restant libre de se soustraire à son effet en accomplissant la convention, la règle de l'autonomie de la volonté l'emporte. Il en est de même dans le cas suivant :

« Ayyoûb, d'après Ibn-Sirîn, rapporte qu'un homme avait vendu des grains. L'acheteur dit : « Si je ne viens pas vers toi mercredi, il n'y aura pas de vente entre nous. » Il ne vint pas. Choraïh lui dit : « Tu as manqué au rendez-vous », et jugea contre lui. »

Telle est du moins la doctrine hanéfite et hanbalite. Les Chaféïtes et les Malekites effacent la clause et maintiennent le contrat principal, dit El-Qastallâni.

Le même chapitre contient un hadîts relatant, d'après

Abou-Horaïra, que l'Envoyé de Dieu a dit : « Dieu a cent noms moins un, et celui qui les énumère entrera au Paradis. » On conclut de cette phrase qu'il est licite de s'engager à cent moins un, c'est-à-dire d'énoncer d'abord une quantité plus considérable et d'en retrancher ensuite une partie ; le créancier envers lequel on s'oblige en s'exprimant de cette façon ne le devient pas de la somme totale indiquée d'abord, mais seulement déduction faite de ce qu'on en retire en second lieu. C'est encore une preuve que les paroles prononcées n'ont rien de sacramentel, et que l'intention des parties est la seule chose à considérer pour la formation et la nature de l'obligation.

XVIII. — Donation viagère (1) ('omra et roqba).

Le chap. XXXII du titre de la Donation renferme les deux hadîts suivants :

« D'après Djâbir, le Prophète a décidé qu'une chose constituée en 'omra est la propriété de celui auquel elle a été donnée ».

« D'après Abou-Horaïra, le Prophète a dit que la 'omra est licite. 'Atâ a dit que Djâbir a attribué ces mêmes paroles au Prophète ».

La 'omra est la donation d'une chose à un individu qui en jouira sa vie durant, en somme une donation en

(1) Nous ne dirons rien de la vente à rente viagère, dont le caractère essentiellement aléatoire suffit à expliquer la proscription.

usufruit. Il résulte des paroles du Prophète, qui semblent cependant la valider, qu'elle est interdite ou du moins ne vaut que comme donation pure et simple.

La chose, dit Mahomet, devient la propriété du donataire ; c'est-à-dire qu'il l'acquiert complètement, et que le donateur perd tous les droits qu'il avait sur elle, qu'il ne reste même pas nu-propriétaire. Et le Prophète ajoute : cette donation est licite ; ce qui veut dire, non pas, comme on serait tenté d'abord de le croire, qu'elle est permise et pleinement valable, mais que le bien donné est acquis légitimement au bénéficiaire et à ses héritiers après lui, ce qui exclut le retour au donateur. Les commentaires sont unanimes sur ce point, et interprètent le hadîts en disant que la 'omra entre définitivement dans le patrimoine du donataire et fait partie de sa succession.

C'est bien ce qui ressort des trois hypothèses envisagées par En-Nawawi. Il suppose :

1° que le donateur a dit : « Je te constitue cette maison en 'omra », sans rien ajouter ; la maison deviendra pleine et entière propriété du donataire, c'est une donation pure et simple.

2° que le donateur a dit : « Je te donne cette maison en 'omra, et à ta mort elle passera à tes héritiers. » Le résultat est le même que ci-dessus.

3° que le donateur a dit : « Et à ta mort la maison reviendra à moi ou à mes héritiers. » Cette clause de retour est annulée et l'on retombe dans la première hypothèse.

Pourquoi la donation d'usufruit est-elle interdite ? Le Prophète n'était pas favorable aux libéralités non définitives ; peut-être ce retour au donateur lui paraissait-il une sorte de révocation. Peut-être aussi a-t-il estimé que ce retour subordonné au décès du bénéficiaire était un cas de « votum mortis » ; cela est surtout vraisemblable pour la « roqba », qui est assimilée à la 'omra dans le titre du chapitre et qui s'appelle ainsi, dit le commentaire, parce que chacun y compte sur le décès de l'autre et l'attend. Le mot vient en effet d'une racine qui signifie : attendre, guetter.

Mais, si chacun des contractants a intérêt à la mort de l'autre, il faut qu'il y ait réciprocité ; par conséquent, la roqba n'est pas identique à la 'omra, avec laquelle on la confond le plus souvent ; ce n'est pas une simple donation en usufruit, quoique Nasâï la définisse : « Un homme dit à un autre : Ceci est à toi ta vie durant. » Les explications des auteurs sur cette matière sont vagues et embrouillées ; du reste, la roqba n'est mentionnée que dans l'intitulé et non dans le texte d'El-Bokhâri, où il n'est question que de la 'omra. Les deux contrats, d'après d'autres paroles du Prophète citées par El-Qastallâni, auraient été interdits : « Pas de 'omra et pas de roqba » aurait dit Mahomet.

S'il faut établir une différence entre les deux opérations, elle consisterait, d'après l'étymologie du mot roqba, dans la réciprocité de la donation. Or, il est peu probable que

deux individus échangent l'usufruit de leurs biens en stipulant que le tout appartiendra au survivant ; il est beaucoup plus naturel que chacun conserve la jouissance du sien, et qu'il y ait donation sous réserve d'usufruit, chacun disant à l'autre : « Je te donne la nue propriété de ce bien, dont je conserve l'usage jusqu'à ma mort ; et si je m'eurs avant toi, il t'appartiendra en pleine propriété. »

C'est là une donation post mortem réciproque, dont la prohibition est explicable non seulement par le votum mortis, mais aussi par l'aléa ; car on ignore qui des deux prédécédera, et qui recueillera la nue propriété. Cette combinaison n'est pas sans une certaine analogie avec la tontine.

On peut encore supposer, sans réciprocité, des donations d'usufruit aléatoires, par exemple si l'on stipule que les héritiers du prémourant deviendront propriétaires de la chose, ou que la propriété en reviendra au survivant. C'est ainsi que M. Houdas (*Traditions Islamiques*, tome II, page 202, note 2) caractérise les contrats de 'omra et de roqba ; mais ce n'en est pas la seule définition, et il est difficile de préciser en quoi ils consistaient exactement. De même, leur prohibition, qui est certaine, n'est pas nettement motivée, et on ne peut l'attribuer sûrement à telle cause plutôt qu'à telle autre.

XIX. — Tirage au sort.

Le procédé du tirage au sort, très usité avant Mahomet, a-t-il été maintenu par lui, ou interdit comme aléatoire ? C'est bien un cas de « qamar » (jeu de hasard), et comme tel il devait répugner au Prophète. Cependant nous ne voyons nulle part qu'il l'ait prohibé expressément ; et même, au titre des Témoignages, chap. XV et chap. XXX, had. 2, on voit qu'il en usait lui-même en certaines circonstances. En effet, 'Âïcha y rapporte que l'Envoyé de Dieu, lorsqu'il devait partir en voyage ou en expédition, faisait tirer au sort entre ses femmes pour savoir celle qui l'accompagnerait.

Certains interprètes n'en interdisent pas moins ce procédé, et voient dans le fait de son emploi par le Prophète une des exceptions faites en sa faveur aux règles ordinaires ; mais la plupart en concluent qu'on peut en user pour trancher des questions douteuses, ou décider de l'attribution de la priorité à une personne prise parmi plusieurs ayant des droits égaux. La question est traitée au chap. XXX des Témoignages, dont la rubrique cite deux passages du Coran relatifs à des exemples de tirage au sort pris dans la Bible : le premier (sour. III, v. 39) mentionne le cas où les prêtres lancèrent des roseaux dans le Jourdain pour savoir lequel d'entre eux se chargerait de Marie. Le roseau de Zacharie seul surnagea, et

la vierge lui fut confiée. Le second texte (sour. XXXVII, v. 441) rappelle que l'on tira au sort pour décider qui l'on jetterait à la mer, et que le sort tomba sur le prophète Jonas. — De ces exemples de l'ancienne loi, on conclut que le procédé autorisé par elle est encore permis, puisque la loi nouvelle ne l'a pas expressément interdit.

La même rubrique rapporte encore, d'après Abou-Horaïra, que le Prophète, ayant déferé le serment à plusieurs personnes, qui se bousculaient, ordonna de tirer au sort pour savoir celui qui jurerait d'abord ; le premier hadîts du chapitre contient une allusion au tirage au sort qui se fit à Médine après l'hégire, lorsque les Ançâr décidèrent de cette façon lequel d'entre eux serait l'hôte de tel ou tel d'entre les Mohâdjir ; le troisième reproduit cette phrase du Prophète : « Si les fidèles savaient ce qu'il y a (de mérite) dans l'appel à la prière et dans le premier rang, et qu'ils n'eussent d'autre moyen d'y atteindre qu'en tirant au sort, ils tireraient au sort ». De là est venu l'usage, dont parle le commentateur, de tirer au sort la place la plus rapprochée de l'imâm pour la prière ; on tire encore au sort pour savoir qui lavera un mort, qui aura la garde des enfants (entre plusieurs parentes au même degré), qui prendra la parole le premier devant le qâdi lorsque l'on ne sait pas lequel s'est présenté avant l'autre au tribunal, ou lorsque les deux plaideurs sont arrivés en même temps.

Le hadîts 4 est ainsi conçu :

« D'après En-No'mân-ben-Bachîr, le Prophète a dit : « Il en est de ceux qui violent les prescriptions de Dieu et tombent dans le péché comme des gens qui tirent au sort (leurs places sur) un navire (acheté ou frété en commun), les uns ayant pour leur lot la partie inférieure, les autres la partie supérieure. Ceux qui occupent le bas, empêchés par les occupants du haut d'aller chercher de l'eau, prennent une hache et se mettent à faire un trou au fond du navire. « Que faites-vous ? » leur dit-on. — « Vous nous empêchez de passer, et nous avons absolument besoin d'eau. » Si ceux de la partie supérieure retiennent la main de ceux qui veulent faire le trou, ils les sauveront et se sauveront eux-mêmes ; si au contraire ils les laissent faire, ils les feront périr et périront. »

Cette parabole, que l'on retrouve au titre des Sociétés, chap. VI, n'est citée que parce qu'il y est question de gens qui se partagent un navire par voie de tirage au sort. El-Qastallâni en déduit que ce procédé est licite dans les partages ; mais l'école de Koufa, dit-il, réprouve son usage et l'assimile à la consultation des flèches, que pratiquaient les Arabes antéislamiques et que Mahomet a interdite. Il n'est pas sans intérêt de dire quelques mots au sujet de cette pratique.

Les Arabes ont toujours été joueurs de nature : le pari, la loterie, les jeux de hasard étaient en grande faveur chez eux. Un grand rôle y était rempli par les flèches, (aqdâh, sihâm, ou azlâm) (1), qui servaient tantôt à un

(1) Ces mots, par extension, sont arrivés à désigner ce que les flèches attribuaient, et s'emploient dans le sens de lot, part, écot.

véritable tirage au sort dans le but d'attribuer un enjeu à l'un des joueurs, tantôt à consulter le sort sur un point donné ; elles avaient alors un caractère augural et religieux. Il y est fait allusion dans le *Diwân* de Djarwal-ben-Aus-el-Houtey 'a, publié par M. Goldziher.

Ces flèches étaient sans pointe et sans barbes, au nombre de trois ou de sept, dont chacune était marquée d'une entaille différente et portait un nom spécial (1). On se servait aussi de simples baguettes ou branches d'arbres, de cailloux blancs, et même de dés.

La consultation avait lieu soit par l'intéressé lui-même, soit par le gardien des flèches lorsqu'on recourait à celles qui étaient conservées dans les sanctuaires. Dans le premier cas, on se servait de deux ou trois flèches : l'une pour l'affirmative, l'autre pour la négative ; la dernière, qu'on y joignait quelquefois, était muette et il fallait recommencer l'opération si c'était elle qui sortait.

Deux temples, dont celui de la Ka'ba, sous l'invocation du dieu Houbal, étaient particulièrement fréquentés des chercheurs d'oracles ; on y conservait un jeu de sept flèches, que les Arabes faisaient consulter moyennant une offrande, et dont chacune portait une inscription (2). La première servait, en cas de meurtre, à décider si la composition ou prix du sang devait être payée, et par qui ; la seconde et la troisième répondaient à toutes

(1) Cf. Maç'ouddi, VI, 303.

(2) Cf. Tabari, VI, 43-44.

sortes de questions, notamment à celle de savoir si l'on devait agir ou non de telle manière ; elles portaient gravés les mots : « Oui » et : « Non », ou : « Fais-le » et : « Ne le fais pas ». La quatrième s'appliquait au cas de recherche d'eau ; enfin, les trois autres tranchaient une question de généalogie, ou plutôt d'état-civil : il s'agissait de savoir si un individu faisait partie d'une tribu ou d'une famille. Elles se rapportaient respectivement aux trois hypothèses possibles : que cet homme fût réellement partie de la tribu, qu'il lui fût étranger, ou qu'il y eût été admis et adopté comme client (1).

Le Prophète détruisit ces flèches lorsqu'il expulsa les idoles de la sainte Ka'ba, pour en faire le temple du Dieu unique, et il en interdit l'usage aux musulmans.

(1) Cette agrégation à la tribu avait lieu par serment (tahâlouf). — V. sur ce point Goldziher, *Mohammedanische Studien*, I, p. 63.



TROISIÈME PARTIE

Causes de l'interdiction de l'usure et du développement des prohibitions qui s'y rattachent.

Les opérations que nous venons d'examiner sont interdites par la tradition et la doctrine musulmanes comme entachées d'usure ou pouvant être assimilées aux actes entachés de ce vice, parce qu'elles tendent à procurer à l'un des contractants un bénéfice sur l'autre sans compensation de sa part.

Pourquoi ce bénéfice est-il prohibé ? Dans la pensée du Prophète, tous les musulmans sont des frères ; l'égalité et la bonne foi doivent régler tous leurs rapports. Si l'un d'eux cherche à gagner au détriment d'un autre, il

commet une action répréhensible, une sorte de fraude. C'est pour l'éviter, et dans le même ordre d'idées, que Mahomet recommande si souvent la loyauté dans les contrats : on ne doit pas cacher les tares de l'objet vendu (Ventes, ch. XIX) ; le marché est béni si les deux contractants ont été sincères ; le mensonge et la dissimulation détruisent cette bénédiction (ch. XXII) ; on ne doit pas jurer qu'on a payé une chose très cher afin de la vendre à un prix plus élevé (ch. XXVII des Ventes, XXV des Témoignages).

Il est encore défendu de simuler une surenchère afin de faire payer un objet plus cher par un autre musulman ; de « vendre sur la vente de son frère », c'est-à-dire de faire à l'acheteur à option la proposition suivante : « Réilie le marché, et je te ferai avoir la chose à meilleur compte, ou je te vendrai la même dans de meilleures conditions. » (Chap. LVIII, LX, LXX, LXXI des Ventes ; VIII et XI des Stipulations).

Un cas de fraude assez curieux est celui de la « teçriya », prévu par ces deux derniers textes et par les chap. LXIV, LXV et LXXI des Ventes. Elle consiste à laisser quelque temps une brebis ou une chamelle sans la traire, pour que le lait accumulé dans le pis fasse croire qu'elle en donne une grande quantité, ce qui permettra de la vendre plus cher. L'acheteur d'une bête ainsi surfaite aura le droit d'option ; s'il le veut, il la gardera pour le prix qu'il a payé ; s'il le préfère, il la rendra au vendeur qui

lui remboursera ce prix. Mais, s'il l'a traité avant de la rendre, il faut qu'il paye le lait en joignant à l'animal une mesure de dattes.

On voit par ces exemples quel souci avait le Prophète d'assurer l'équité dans les conventions ; un musulman ne doit pas « manger injustement le bien de son frère ». Tel est le principe qui a guidé Mahomet dans la réglementation des contrats, et qui lui a inspiré les dispositions par lesquelles il condamne tout profit injustifié. L'usure lui a paru, au premier chef, contraire à la fraternité qu'il voulait établir entre les fidèles ; et il a rigoureusement proscrit tout ce qui peut y conduire ou s'en rapprocher. Il l'expose lui-même clairement à propos de la défense de vendre les fruits avant maturité : « Ne vois-tu pas que, si Dieu les empêche de mûrir, le bien de ton frère ne t'est point licite ? »

C'est donc de là, à n'en pas douter, qu'il faut partir pour expliquer les nombreuses restrictions apportées par le droit musulman au libre jeu de la volonté en tant que génératrice et déterminatrice des obligations. Mais le système juridique qu'elles ont engendré s'est constitué postérieurement à la naissance de l'Islâm ; il est l'œuvre des docteurs, qui se sont appliqués à déduire des paroles prophétiques toutes les conséquences qu'elles pouvaient donner, et à appliquer les décisions rapportées dans les hadîts à tous les cas qui leur paraissaient susceptibles de cette application. Ces théoriciens du droit ont souvent ima-

giné des hypothèses peu vraisemblables, discuté des points sans intérêt pratique, créé des distinctions d'une subtilité trop ingénieuse ; on dirait parfois qu'ils se livrent à un jeu d'esprit plutôt que d'envisager une réalité, et qu'ils ne discutent que dans le but de faire parade de leur méthode et de leur argumentation. Il suffit, pour s'en rendre compte, d'ouvrir le manuel de Sidi-Khalîl, qui est l'ouvrage fondamental de la jurisprudence malekite. On y trouve prévus des cas qui n'ont jamais dû se présenter, des solutions dont les motifs sont à peine compréhensibles, des raisonnements d'une rigidité et d'une étroitesse toutes scolastiques. Et, de fait, la mentalité des compilateurs de traditions et des docteurs de la loi musulmane ne devait pas être extrêmement différente de celle des savants du moyen-âge ; leurs discussions théologiques ne sont pas si dissemblables qu'on pourrait le croire, et dans le domaine juridique le même rapprochement est possible.

Cette tournure d'esprit et cette discipline ont dû être l'un des facteurs les plus influents de la théorie de l'usure, dans le sens très large que nous lui attribuons, et du système prohibitif qui en est issu. Ce qu'avait dit ou jugé le Prophète a été analysé, disséqué, commenté ; on en a extrait des règles pour des multitudes de cas plus ou moins analogues à celui qui en avait été l'occasion ; on a voulu que chaque mot eût toute la portée

dont il était capable, et l'on s'est exercé à en tirer toujours de nouvelles conséquences.

L'élaboration doctrinale a pu être aussi favorisée par une dévotion scrupuleuse. Le droit n'est pas séparé de la religion dans l'Islâm ; et le croyant redoute de commettre un acte illicite, parce que c'est un péché que Dieu punit. Il éprouve donc le besoin impérieux de déterminer strictement ce qui est bien et ce qui est mal, de préciser les limites (houdoûd) fixées par Dieu et qu'il ne doit pas franchir. Or, si certains actes sont nettement qualifiés et jugés dans le Coran, il en est une foule d'autres qu'il faut pour ainsi dire cataloguer soi-même, en s'aidant des lumières de la tradition, ou de la méthode analogique (1). C'est à cette nécessité que les musulmans ont dû en grande partie la science des hadits et toutes celles qui s'y rattachent, presque toute leur littérature juridique et les essais de codification tentés par les interprètes des sources coraniques et traditionnelles.

Il est donc permis de supposer que, pour la tranquillité de leur conscience, les croyants ont voulu savoir si tel gain était illicite, si tel procédé était autorisé, en un mot préciser ce qu'il fallait comprendre dans la prohibition générale formulée par l'Envoyé de Dieu. Cette classification a été l'œuvre des savants, qui y ont apporté ce zèle

(1) Les actions humaines sont classées par les musulmans en cinq catégories : obligatoires, recommandables, indifférentes, répréhensibles et interdites.

minutieux et cette habileté raffinée, que nous venons de signaler. Il se peut que d'abord ils aient eu en vue uniquement d'éclairer leurs coreligionnaires, et qu'ils y aient consacré tous leurs efforts ; puis qu'ils aient trouvé du plaisir à déployer les ressources de leur intelligence, et qu'ils se soient adonnés à leur travail pour lui-même, en purs théoriciens et par une sorte de dilettantisme scientifique.



CONCLUSION

La construction juridique qui est résultée de cette évolution doctrinale est-elle destinée à durer encore des siècles? Se transformera-t-elle ou croulera-t-elle subitement? Il est téméraire de vouloir résoudre ces questions. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'en général un régime ne cède pas la place à un autre sans qu'il s'écoule un temps assez long pour que des transitions préparent progressivement la voie et facilitent le passage d'un état de choses à un état de choses opposé.

Il est vrai que, de nos jours, les pays musulmans offrent le spectacle de changements radicaux et néanmoins rapidement effectués; il est vrai que déjà des brèches ont été faites au vieux système, par exemple relativement au prêt à intérêt; que chaque jour le contact avec les nations européennes, les nécessités économiques, l'extension des relations commerciales, rendent plus gênantes certaines dispositions. Aussi ne faudrait-

il pas s'étonner outre mesure si, dans un avenir peut-être assez proche, les idées musulmanes se transformaient sur ce point comme sur tant d'autres. La renaissance intellectuelle à laquelle nous assistons dans l'Islâm, la diffusion croissante des opinions les plus libérales dans les milieux cultivés, semblent promettre un élargissement de la théorie des obligations. Pour éviter l'usure, on entrave la liberté des conventions, et cela sans atteindre le but qu'on se propose, car nulle part plus que dans les pays musulmans le fléau ne cause de ravages. Il en est de même dans toutes les législations qui, au lieu de chercher à l'endiguer, veulent le supprimer complètement ; l'usure a été la plaie du moyen-âge, alors que le droit canonique, comme aujourd'hui le droit musulman, proscrivait rigoureusement le prêt à intérêt.

Puisque le christianisme a fini par modifier ses vues sur cette matière, il est permis de supposer que l'Islâm se libérera aussi un jour, par une interprétation plus large des textes du Coran, qui sont en somme la seule source intangible de sa législation, d'un ensemble de dispositions aujourd'hui inutiles, nées des spéculations de juristes d'école, et dont le seul effet est d'altérer le caractère d'une doctrine harmonieuse et simple, équitable et libérale.

VU :

Paris, 25 avril 1909.

Le Président de la thèse,

EDOUARD CUQ.

VU :

Le Doyen,

CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.



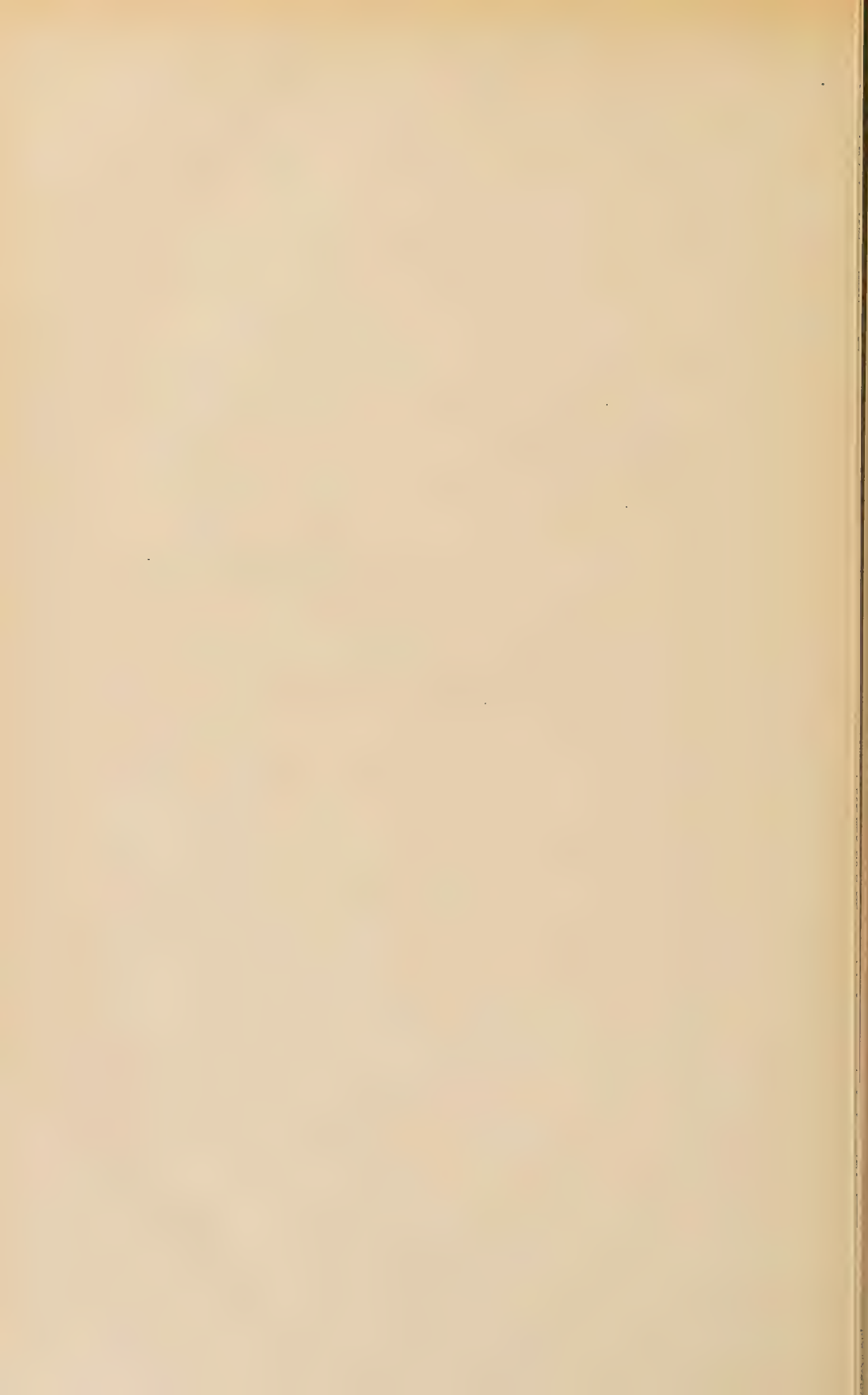


TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
Introduction	1
Première Partie. — Aperçu général sur la notion musulmane de l'usure et son développement juridique	9
1° Textes coraniques.....	13
2° Tradition et doctrine.....	22
Deuxième Partie. — Etude spéciale des opérations prohibées.	37
I. — Modes de vente prohibés	40
1° Vente au toucher (molâmasa) et au jet (monâbadza).....	42
2° Vente aux cailloux (haçât).....	44
3° Vente et louage de la saillie d'un étalon.....	45
4° Vente de la portée d'une femelle ou vente pour l'époque où elle mettra bas (habal el hablâ).....	46
II. — Vente à livrer	52
III. — Commerce des matières usuraires	59
1° Trafic des métaux précieux.....	60
2° Commerce des objets enrichis d'or ou d'argent.	67
3° Vente d'un esclave et de son pécule.....	71
4° Commerce des comestibles.....	73
IV. — Vente d'une chose avant d'en avoir reçu livraison	80

V. — Défense d'aller au-devant des caravanes	83
VI. — Courtage du citadin pour le Bédouin.....	89
VII. — Ventes aléatoires de fruits et de grains.....	91
VIII. — Exception aux règles précédentes ; l'ariya.	96
IX. — Vente à terme de comestibles.	103
X. — Vente et prêt des esclaves et animaux.....	105
XI. — Réserve d'usage de la chose vendue au profit du vendeur.....	110
XII. — Les contrats agricoles.....	111
XIII. — Louage et salariat.....	126
XIV. — Délégation.....	127
XV. — Dation en paiement d'une quantité en bloc ...	128
XVI. — Société.....	129
XVII. — Clauses restrictives du droit des parties...	132
XVIII. — Donation viagère ('omra et roqba) ..	134
XIX. — Tirage au sort.....	138
Troisième Partie. — Causes de l'interdiction de l'usure et du développement des prohibitions qui s'y rattachent.....	143
Conclusion	149



